



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

Maestría en Derecho Constitucional

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho
Constitucional

**ALCANCES Y LÍMITES ACTUALES DEL DERECHO
FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN EN EL PERÚ**

Presentada por:

Elena Rosa Vásquez Torres

Asesor: Profesor Luis Alberto Huerta Guerrero

Lima - Perú

2013

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
1. Preliminar	5
2 Motivación.....	8
3.Planteamiento del problema	8
4. Hipótesis de trabajo	14
5. Metodología y estructura del trabajo	15
CAPÍTULO I	
EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN	20
1.1 Cuestiones preliminares.....	21
1.2 Orígenes y evolución del derecho de asociación.....	23
1.3 Concepto de derecho de asociación.....	30
1.4 Fundamentos del derecho de asociación	47
1.5 Contenido del derecho de asociación.....	50
1.5.1 Libertad de autoorganización	67
1.5.2 La dimensión <i>interprivatos</i>	73
1.6 Límites del derecho de asociación.....	78
1.7 El derecho de asociación y otros derechos vinculados	84
1.7.1 El derecho de asociación y su vinculación con el derecho de sindicación	84
1.7.2 El derecho de asociación en los partidos políticos.....	87
1.7.3 El derecho de asociación y el derecho de reunión.....	88
1.8 El derecho de asociación en la Constitución peruana	90

1.8.1 Constitución de 1856	91
1.8.2 Constitución de 1920	95
1.8.3 Constitución de 1979	97
1.8.4 La asamblea constituyente de 1978.....	99
1.8.4 El Congreso Constituyente Democrático	103
1.8.3 Constitución de 1993	106
1.9 El derecho de asociación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano	109
1.10 El derecho de asociación en el derecho comparado. Colombia y España.....	115
1.10.1 Colombia.....	115
1.10.2 España.....	122
1.11 El derecho de asociación en los instrumentos internacionales	133
1.12 El derecho de asociación en la jurisprudencia de las Cortes Internacionales.....	143
1.13 Nuevos retos del derecho de asociación	160
 CAPÍTULO II LA RELACIÓN CONFLICTUAL DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES	 165
2.1 Cuestiones preliminares	166
2.2 La eficacia horizontal del derecho de asociación	167
2.3 La vinculación del derecho asociación con la autonomía privada	176
2.2 Formas de solución de conflictos	182
 CAPÍTULO III ANÁLISIS DE LOS CASOS.....	 188
3.1 Cuestiones preliminares	189
3.2 Conflicto entre el derecho de asociación y el derecho de igualdad	190

3.3 Conflicto entre el derecho de asociación del asociado y el derecho de asociación del grupo asociativo	206
CAPÍTULO IV	
ACCIONES ESTATALES EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS	233
4.1 Cuestiones preliminares	234
4.2 Acciones normativas	237
4.3 Acciones en sede administrativa	252
4.4 Acciones jurisdiccionales	255
4.4.1 Acciones en sede constitucional	255
4.4.2 Acciones en sede judicial ordinaria	260
CONCLUSIONES	264
BIBLIOGRAFÍA	273



INTRODUCCIÓN

1. PRELIMINAR

El derecho de asociación no es un derecho acabado, sobre el que no aparezcan nuevas amenazas. Actualmente en el Perú, en ciertas personas jurídicas no lucrativas, las amenazas al derecho de asociación no provienen del poder del Estado, como ocurrió originariamente, sino que provienen del mismo grupo asociativo, concretamente de los órganos directivos, quienes se han convertido en un nuevo centro de poder, que resucita nuevos desconocimientos de los derechos fundamentales que afectan a los asociados o a los particulares que desean relacionarse a este grupo. A este nuevo centro de poder se están trasladando relaciones verticales que requieren ser corregidas. Hoy en día, los órganos directivos toman decisiones de relevancia constitucional en el seno de la persona jurídica, decisiones que muchas veces transgreden derechos fundamentales. Se hace necesario por ello, garantizar el ejercicio del derecho de asociación dentro del propio grupo asociativo ya que los destinatarios de los actos de poder, son a la vez partícipes en la formación del mismo. Ver formas de controlar el ejercicio abusivo del poder al interior del grupo asociativo es lo que corresponde hacer para devolverle a este derecho su importancia dentro de la sociedad de hoy, cuidando de no vulnerar la autonomía asociativa.

Encontramos que las asociaciones se independizan de sus autores, olvidándose del interés inicial de éstos; directivos que tratan de perpetuarse en el poder, impidiendo la renovación de los cargos; asociados que ven vulnerados sus derechos fundamentales por la aplicación de las normas internas de los grupos asociativos o por las decisiones de los órganos directivos; terceros que ven vulnerados sus derechos al impedirse su ingreso a determinada asociación por motivos arbitrarios o discriminatorios que vulneran la dignidad humana; todo ello impide el normal ejercicio del derecho de asociación en sus distintos aspectos. Hoy en día, sucede que muchas asociaciones tienen un gran poder económico, no

obstante no tener fines de lucro, son entidades en las que el interés patrimonial es el que prima, sobre todo en los órganos directivos que tienen el control de la asociación. Hay un abuso del poder privado.

Surgen vinculaciones simultáneas, entre el derecho de asociación que ejerce el asociado, el derecho de asociación del grupo asociativo y el derecho de asociación del tercero que desea relacionarse con el grupo. Asimismo, aparecen vinculaciones entre este derecho fundamental y otros derechos fundamentales. Estas vinculaciones generan conflictos entre el grupo asociativo como persona jurídica y los asociados, entre los asociados al interior del grupo asociativo o, entre el grupo asociativo y los terceros que buscan relacionarse con ésta.

Se requiere coadyuvar con el fortalecimiento de los grupos asociativos, haciendo que el derecho de asociación sea mucho más fuerte. Esto empoderará a la sociedad civil, en momentos en que los partidos políticos se encuentran en crisis y ciertos grupos asociativos se encuentran devaluados, llenos de conflictos internos, ejerciendo el derecho para adentro y no para afuera del grupo. En definitiva, hay aspectos del derecho de asociación que aún deben consolidarse en la sociedad, para ello, es necesario identificar los puntos vulnerables de su ejercicio en la actualidad.

Consideramos que el Estado debe adoptar acciones, como garante de los derechos fundamentales, para fortalecer el derecho de asociación y corregir las distorsiones que ocurren en el ejercicio de este derecho. Se impone poner límites a este nuevo centro de poder, cuidando de no afectar la autonomía privada, porque en el ejercicio del derecho de asociación se debe respetar los otros derechos fundamentales. Corresponde al Estado la protección del derecho de asociación, determinar los límites de esta protección será también el objetivo del estudio.

Son necesarias las acciones del Estado para proteger el derecho fundamental de asociación, no solo a través de la justicia constitucional y ordinaria, sino también a través de las entidades estatales involucradas y de la normativa legal adecuada, sin que esto signifique una intervención injustificada en el ejercicio individual y colectivo del derecho.

Coincidimos con Bobbio, cuando señala que el más importante de todos los derechos es el de asociación, ya que, como indica el autor, este derecho conquistado de a poco es el que transforma radicalmente la democracia. En la democracia pluralista que propone, se habla no tanto de democracia de muchos individuos: se habla de una democracia de muchos grupos. Desde esta concepción, para que haya democracia es necesario que haya una sociedad fuerte en relación con un Estado débil, y la sociedad fuerte es la sociedad en la que hay muchos grupos, los que se forman espontáneamente protegiendo ciertos intereses y se forman de esa manera precisamente porque, entre los derechos fundamentales que han sido reconocidos se encuentra el derecho de asociación. Considera que es el derecho fundamental en la democracia de hoy, que es el nervio de la democracia, porque no existe una democracia en la que no exista una sociedad más fuerte que el Estado (Bobbio 1986: 133-134).

Hoy en día nadie duda en afirmar la importancia que tiene el ejercicio del derecho fundamental de asociación para la conservación de la democracia; sin embargo, este derecho en el Perú al estar devaluado no cumple con ser el instrumento de desarrollo individual y social que le corresponde. Aquí radica la importancia que requiere su estudio.

Con este trabajo, nos proponemos demostrar que existe un deterioro en el ejercicio del derecho de asociación en nuestro país y, por ello, este derecho, requiere aun de protección por parte del Estado. Las investigaciones sobre la materia que nos preceden, en nuestro país, dan muestras que este derecho es, en líneas generales, de ejercicio pacífico y acabado sobre el que no hay mayores

amenazas y, por lo tanto, el Estado debe dejar a los privados que desarrollen libremente este derecho. Sin embargo, recientes manifestaciones del ejercicio del derecho de asociación que he podido apreciar, como los conflictos internos que se suscitan al interior de ciertos grupos asociativos entre sus miembros y los directivos, originado por las disputas en el control del poder, demuestran que existen vulneraciones del derecho de asociación y que éstas no se están resolviendo en la sede en donde deben resolverse estos conflictos; asimismo, nos revela que es necesario que el Estado tome acciones como garantista de los derechos fundamentales para corregir las distorsiones que se están produciendo en este ámbito.

2. MOTIVACIÓN

Escogí el tema, porque puedo apreciar desde mi trabajo profesional los conflictos que se generan al interior de muchas organizaciones asociativas; mientras más poder económico tiene una asociación, mayores son los conflictos generados por la vulneración del derecho de asociación y otros derechos fundamentales relacionados con éste. La autonomía con la que se manejan es muy amplia, y en este contexto, perjudica a quienes no tienen el poder del manejo directivo.

Me preocupa que no exista interés en resolver estos temas y que se vayan agravando los conflictos haciendo que el derecho de asociación se deslegitime y ya no sea un derecho motivador para el desarrollo de la personalidad del individuo.

Tengo el interés de proponer una solución y de resaltar las bondades de este derecho, que está siendo transgredido por los particulares en perjuicio de los mismos particulares.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Podemos apreciar que en las relaciones jurídicas de carácter privado en el ejercicio del derecho fundamental de asociación en ciertos grupos asociativos no se respetan los derechos fundamentales. Existen vulneraciones del derecho de asociación y de otros derechos fundamentales al interior de las organizaciones asociativas, cuando se impide la intervención de los asociados en su manejo directivo y cuando no se permite un normal ejercicio del derecho.

Mientras más poder económico tiene un grupo asociativo, mayores son los conflictos generados por la vulneración del derecho de asociación y otros derechos fundamentales relacionados con éste. La autonomía con la que se manejan es muy amplia, y en este contexto, perjudica a quienes no tienen el poder del manejo directivo.

Analizaremos si las vulneraciones de derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos afectan el ejercicio individual y colectivo del derecho fundamental de asociación en el Perú. Vinculado a ello, si corresponde al Estado adoptar acciones en los conflictos constitucionales que se generan al interior de la organización asociativa entre los asociados y la organización asociativa y entre ésta y los terceros que se relacionan con ella; cuál sería la forma y cuáles serían los límites de estas acciones.

Para ello, será necesario verificar el estado del derecho fundamental de asociación en el Perú, así como el análisis de los casos más emblemáticos de conflictos constitucionales de derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos a través de las sentencias del Tribunal Constitucional y de los casos que se presentan en el Registro Público. De esta manera, se hará una comprobación empírica, es decir, a partir de datos de la realidad.

Se indagará sobre el grado de protección de este derecho, concretamente, si en el Poder Judicial y en sede del Tribunal Constitucional se están resolviendo debidamente los conflictos constitucionales que se generan, así como en la

entidad estatal vinculada a la materia, los Registros Públicos. También se analizará, si al interior de los grupos asociativos existen los mecanismos para la protección de estas vulneraciones. El análisis está vinculado a verificar si actualmente existen las herramientas constitucionales y legales para la debida protección del derecho fundamental de asociación.

La revisión preliminar de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre este tema, permite a su vez afirmar, de manera preliminar, que no se están resolviendo adecuadamente en esta sede. Sede en la que debe configurarse el derecho, por ser el supremo intérprete de la Constitución, cuyas decisiones constituyen lineamientos jurisprudenciales a ser observados por los operadores jurídicos. Asimismo, los casos frecuentes de vulneración del derecho de asociación al interior de los grupos asociativos que se conocen a través de los casos que se presentan en el Registro Público permite afirmar, también de manera preliminar, que los conflictos constitucionales no se están resolviendo adecuadamente en esta sede.

La pregunta central de la investigación es la siguiente: ¿Existen vulneraciones de derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos que afectan el ejercicio individual y colectivo del derecho fundamental de asociación en el Perú?

Vinculado a ello, nos preguntamos si corresponde al Estado adoptar acciones de protección como garante de los derechos fundamentales en los conflictos constitucionales que se generan al interior de la organización asociativa entre los asociados, entre estos y la organización y, entre ésta y los terceros que se relacionan con ella; y cuál sería la forma y cuáles serían los límites de estas acciones.

Si encontramos que existen vulneraciones de derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos que afectan el ejercicio del derecho fundamental de asociación, entonces se plantearán recomendaciones para que se lleve a cabo

una mejora en el ejercicio de este derecho, sea a través de modificaciones normativas o de cambios en la forma en que las autoridades jurisdiccionales aplican el contenido del derecho.

Estas vulneraciones de derechos fundamentales requieren ser resueltas en diversos ámbitos. Los conflictos constitucionales al interior de los grupos asociativos deben ser resueltos en la sede que corresponda según el conflicto que se suscite. Así, se requiere de las necesarias herramientas constitucionales y legales para la debida protección del derecho fundamental de asociación, cuidando de no afectar la autonomía privada.

El problema se presenta porque no existen los canales adecuados para la solución de los conflictos, advertimos que no existen tamices previos a la jurisdicción constitucional. Consideramos que hace falta una ley de desarrollo constitucional, que, entre otros aspectos, determine qué casos deben ser vistos por la justicia ordinaria, cuáles por el Registro Público y de qué manera resolver los conflictos constitucionales al interior de la asociación u organización, para que los casos que lleguen al Tribunal Constitucional sólo sean los excepcionales. Sucede que falta una ley de esta naturaleza, ni el Código Civil ni el estatuto de la asociación, ni las leyes especiales que regulan el régimen jurídico de otras organizaciones asociativas, bastan para resolver los conflictos de relevancia constitucional. El Estado no ha emitido la normativa de desarrollo constitucional necesaria para abordar esta problemática.

Es necesario que la Administración Pública, concretamente los Registros Públicos, organismo en el que se inscriben las personas jurídicas y por ende sus estatutos y acuerdos, garantice en un primer nivel el ejercicio del derecho de asociación sin que colisione con otros derechos fundamentales a través de un control del principio de legalidad, en el sentido de ejercer un control de la ley y la Constitución, en atención a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Respecto a los casos que no llegan al Registro, siempre está abierta la jurisdicción ordinaria para resolverlos cuando surjan conflictos, debiendo dejarse al Tribunal Constitucional el control de aquellos casos excepcionales.

La falta de acciones positivas por parte del Estado, en el entendido de que debe dejarse a la autonomía de la voluntad de las organizaciones asociativas la solución de los conflictos de derechos fundamentales, hace cada vez más crítica la situación de este derecho.

Por lo tanto, será objetivo de la investigación demostrar que existe un deterioro en el ejercicio del derecho de asociación en nuestro país y, por ello, requiere especial protección por parte del Estado.

Se impone una solución a los problemas planteados por las siguientes razones:

- No existe justificación alguna para permitir la vulneración de derechos fundamentales en las decisiones que adoptan los órganos directivos de las organizaciones asociativas o en sus estatutos en un Estado Social y Democrático de Derecho, aunque aquélla se manifieste en el ámbito privado.
- Se afecta el ejercicio de un derecho fundamental para la vida democrática, de ahí su importancia, el cual se encuentra en plena vigencia y auge, como se comprueba de la cantidad de organizaciones asociativas inscritas y no inscritas que existen en el Perú; sin embargo, su ejercicio al interior de las organizaciones asociativas deja mucho que desear. Dado su doble carácter, individual y colectivo, merece tener las garantías para un ejercicio adecuado y ser protegido de cualquier tipo de amenaza o violación. No tomar acciones sobre la problemática existente ocasiona que el derecho fundamental de asociación sea considerado un derecho no confiable por la sociedad civil, lo cual es un desprestigio para este derecho. No se presenta por sí mismo como un derecho de realización del bienestar individual y social.

- No se está cumpliendo con la disposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias (Caso Huillca-Estado Peruano, entre otros) referida a que de la libertad de asociación no sólo se derivan obligaciones negativas, sino también obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita. Por esto, existe la necesidad de que el Estado peruano proporcione las herramientas que permitan corregir de manera efectiva las distorsiones en el ejercicio del derecho de asociación al interior de las organizaciones asociativas.

Considero que los principales aportes que buscan cambiar la situación actual son los siguientes:

- Análisis constitucional del derecho fundamental de asociación y su situación actual en el Perú, a la luz de sus orígenes, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano y de los organismos internacionales, sin dejar de lado la doctrina y la jurisprudencia de los principales países que aportan a nuestro derecho modelos de solución de los conflictos del derecho de asociación: España y Colombia. El primero como referente directo de nuestro derecho constitucional y el segundo país, por su jurisprudencia constitucional profusa y por ser un país cercano al nuestro con el que comparte el mismo sistema interamericano de derechos humanos, así como similitudes en la problemática social y económica.

- Identificación de casos emblemáticos y propuesta de solución a las constantes vulneraciones del derecho de asociación y otros derechos relacionados al interior de la organización asociativa.

Nuestros aportes permitirán corregir las deficiencias existentes acotadas para garantizar este derecho y su óptimo desarrollo, permitiendo que el derecho

fundamental de asociación se revalorice en nuestro medio sea un instrumento de desarrollo individual y social en el país.

La utilidad del trabajo se muestra evidente por la necesidad de buscar soluciones a la problemática que se presenta y servirá para futuras investigaciones del ejercicio de este importante derecho en nuestro país.

Es nuestro interés resaltar las bondades de este derecho y cómo los problemas en su ejercicio y las deficiencias en su protección han ocasionado un deterioro de este derecho fundamental en nuestro medio. Se plantearán recomendaciones para el mejor ejercicio de este derecho.

Apostamos por un estudio desde el punto de vista dinámico del derecho de asociación, que nos permita comprobar que su ejercicio en la realidad demanda respuestas constitucionales.

El trabajo se justifica porque en el Perú no existe uno que aborde el derecho fundamental de asociación desde la perspectiva que se propone; es un derecho fundamental que ha sido poco estudiado no obstante su trascendencia en la vida democrática del país. No existe interés en el estudio del derecho fundamental de asociación, tal vez porque se encuentra deslegitimado y ya no es un derecho principalmente motivador para el desarrollo de la personalidad del individuo y para el desarrollo social. Solo existen algunos trabajos que tratan de manera general el tema o que abordan más exhaustivamente algunos aspectos de este derecho, los cuales serán tomados en cuenta. Por lo tanto, este trabajo significará un aporte a la escasa bibliografía sobre la materia en el país y podría servir de referencia para próximos trabajos.

4. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Teniendo en cuenta los objetivos, la problemática y las preguntas de la investigación explicadas, nuestra hipótesis de trabajo es la siguiente:

“Existen vulneraciones de los derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos que afectan el ejercicio individual y colectivo del derecho de asociación en el Perú, por lo que este derecho fundamental no cumple con ser un instrumento de desarrollo individual y social en el país. Frente a tales vulneraciones, se justifica que el Estado adopte acciones de protección como garante de los derechos fundamentales, cuidando de no afectar la autonomía privada”.

5. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Será un trabajo dogmático de derecho constitucional sustantivo y tendrá también un enfoque funcional, en el que se utilizarán conceptos jurídicos constitucionales, vinculándolos con los casos concretos, utilizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y, comparada, especialmente la de países con regulación cercana a la nuestra en la materia que nos ocupa: la del Tribunal Constitucional Español, la cual es fuente directa del derecho que estudiamos y la de la Corte Constitucional Colombiana, con la cual compartimos el mismo sistema interamericano de derechos humanos y similar realidad social y económica.

Asimismo, se analizarán los casos más emblemáticos que se presentan en el Registro Público y que demostrarán la situación real del derecho de asociación en el país.

El trabajo se ubica en la rama del Derecho Constitucional, siendo el derecho fundamental de asociación un derecho reconocido como una de las bases fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por lo tanto, será necesario conocer aspectos sustantivos relacionados con los derechos fundamentales.

Las fuentes del trabajo son: libros, artículos de publicaciones seriadas, tesis, sentencias del Tribunal Constitucional del Perú, España y Colombia y decisiones de órganos internacionales de protección de derechos humanos.

Específicamente respecto al derecho de asociación se revisarán los trabajos sobre la materia, siendo pocos los que han tratado este derecho desde la perspectiva funcional, si bien es un derecho que ha sido abordado por diversos autores que han tratado la teoría general, lo ha hecho de manera general, son pocos los que lo han tratado de manera integral y exhaustiva y otros, sólo se ocupan de temas específicos del derecho. No existen tesis sobre la materia en el Perú. En el ámbito nacional se tendrá en cuenta el trabajo realizado por Mijail Mendoza Escalante, autor nacional que ha tratado más profundamente el tema.

Se abordará el tema desde la perspectiva de la teoría general de los derechos fundamentales, utilizando la bibliografía más autorizada sobre la materia. Será necesario conocer el derecho fundamental de asociación, su contenido y características principales, lo que determinará sus alcances y límites, lo que permitirá identificar las vulneraciones de los derechos fundamentales al interior del grupo asociativo que afectan el ejercicio del derecho de asociación en el Perú.

Los principales temas que son desarrollados en nuestro trabajo de investigación son: el contenido del derecho fundamental de asociación; sus fundamentos; límites al ejercicio del derecho de asociación, justificados y razonables; aplicación del derecho internacional de los derechos humanos; jurisprudencia de los tribunales constitucionales: peruano, español, colombiano; la vinculación del derecho de asociación con la autonomía privada; los conflictos más emblemáticos que genera el derecho fundamental de asociación y otros derechos: con el derecho de igualdad y, el que se presenta entre el derecho de asociación que ejerce el grupo asociativo y el que ejerce el miembro de la organización;

finalmente se tratará el tema de las acciones positivas del Estado respecto de este derecho fundamental, en qué ámbitos debe accionar y cómo debe hacerlo.

Cabe destacar, que se pondrá énfasis en el derecho fundamental de asociación que se ejerce básicamente en las personas jurídicas y organizaciones no lucrativas en el Perú. Esto no significa que se considere que este derecho no se ejerce en cualquier tipo de organización, como en efecto ocurre, pero no es nuestro interés destacar cómo funciona este derecho en otro tipo de organizaciones, como en las lucrativas, en los partidos políticos o en los sindicatos; pues en estos entran en juego otras consideraciones que no se pretenden abordar en este trabajo. Si bien admitimos que este derecho fundamental se ha desarrollado con mayor amplitud en los partidos políticos y en los sindicatos, se extrapolará la doctrina y la jurisprudencia desarrollada en esos ámbitos para aplicarla a las organizaciones no lucrativas y se tomará en cuenta aquello que pueda servir a la investigación.

El trabajo se divide en cuatro capítulos:

En el capítulo primero, se definirá el derecho fundamental de asociación reconocido en el artículo 2 inciso 13 de la Constitución de 1993, analizando sus fundamentos y contenido del derecho, con la finalidad de conocer sus alcances y límites; aspectos que se utilizarán a lo largo del trabajo. Intentaremos establecer el estado de la cuestión, cómo surgió y cómo se encuentra reconocido el derecho de asociación hoy en día, constitucionalmente, normativamente y jurisprudencialmente en los diversos instrumentos nacionales e internacionales. Asimismo, se tratará de enfocarlo desde los aportes doctrinarios y también, desde la experiencia en países con regulación cercana a la nuestra, como España, la cual es fuente del derecho que estudiamos, y Colombia, con la cual compartimos el mismo sistema interamericano de derechos humanos y similar realidad social y económica. El objetivo es conocer este derecho no solo desde el punto de vista dogmático, sino también funcional, para saber luego, hasta qué punto es un

derecho disminuido por las graves vulneraciones en su ejercicio que se producen en ciertos grupos asociativos en nuestro país.

En el segundo capítulo, afrontaremos aspectos teóricos del problema de la relación conflictual del derecho de asociación con otros derechos fundamentales y la vinculación del derecho de asociación con la autonomía privada. El objetivo es evidenciar los conflictos que suceden en el ejercicio del derecho de asociación y cómo esto afecta a la autonomía privada. Asimismo, resulta relevante precisar cómo deben resolverse estos conflictos.

En el capítulo tercero, trataremos nuestra hipótesis, esto es, el deterioro del derecho de asociación en nuestro país producido por la vulneración del contenido del derecho y su ejercicio al interior de ciertos grupos asociativos. Los datos que podemos ofrecer son, a través de los casos que han llegado al Tribunal Constitucional y de los casos que se presentan ante los Registros Públicos. Analizaremos los casos más emblemáticos del conflicto entre el derecho de asociación y el derecho de igualdad y los que surgen entre el derecho de asociación de la organización y el derecho de asociación del miembro de la organización, que demuestren eficazmente la existencia de la problemática, la misma que se pretende solucionar y, descubriremos que nuestra hipótesis es correcta, que existen vulneraciones de los derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos que afectan el ejercicio individual y colectivo del derecho de asociación en el Perú, por lo que este derecho no cumple con ser un instrumento de desarrollo individual y social en el país.

En el capítulo cuarto, se planteará cuál debe ser la actuación del Estado frente a las vulneraciones del derecho de asociación que ocurren al interior de la organización asociativa. Plantearemos soluciones en el campo de la justicia constitucional y ordinaria, en el ámbito normativo y, en sede administrativa, para restablecer su importancia en su justa medida y hacerlo verdaderamente útil a los ciudadanos y así empoderar a la sociedad civil. En el ámbito normativo será

importante señalar los aspectos constitucionales que debe contener una ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación y los estatutos de las asociaciones. Por otro lado, en sede administrativa también será necesario plantear el tema del control que debe ejercer el Registro Público, desde el punto de vista del principio de legalidad que le permite aplicar la ley y la constitución.

Finalizaremos la investigación señalando las conclusiones y la bibliografía utilizada.

Lima, mayo de 2013.





CAPITULO I

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN

1.1 CUESTIONES PRELIMINARES

Desde la perspectiva de la teoría general de los derechos fundamentales, en este primer capítulo se definirán los conceptos teóricos necesarios para conocer el derecho fundamental de asociación. Es nuestro interés saber cuál es la situación actual de este derecho de extenso desarrollo como derecho de libertad. Nos interesa conocer los aspectos fundamentales de sus orígenes y su evolución general, para llegar al estado actual del contenido del derecho y su vinculación con otros derechos.

Seguidamente es nuestro interés ver la evolución de su reconocimiento en la Constitución peruana y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, para luego revisar las experiencias de España y Colombia, la primera por ser fuente directa del derecho que estudiamos y la segunda por ser cercana a nuestra realidad. Después revisaremos el estado del derecho fundamental que nos ocupa en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de las Cortes Internacionales. Esta revisión se realiza con la finalidad de conocer aspectos que no han sido tratados por nuestra legislación y jurisprudencia, para luego determinar si serían aplicables a nuestra realidad.

Finalmente, plantearemos los nuevos retos que impone el ejercicio del derecho fundamental de asociación a la luz de su situación actual.

A partir del desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, quedarán planteados en este capítulo los aspectos del derecho fundamental de asociación que servirán para conocer los casos que se plantean y determinar el grado de vulneración de los derechos que conforman el derecho fundamental de asociación al interior de las organizaciones asociativas.

El derecho fundamental de asociación forma parte del catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Los derechos fundamentales a decir de Castillo Córdova son los derechos que tiene atribuida una persona en tanto que persona (2005: 99). Nacen como un límite a la actuación de los poderes públicos pero a su vez exige de estos deberes de protección.

Hoy en día, los derechos fundamentales también son límites a todo tipo de poder, pues deben ser vinculantes incluso en las relaciones entre particulares, es decir, aplicables y exigibles en este plano, esto es lo que se conoce como eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Como señala Prieto Sanchís los derechos fundamentales no deben concebirse desde una perspectiva sólo defensiva o negativa, como el núcleo de lo que el legislador “no puede hacer” sino que ofrecen una dimensión positiva o directiva de ciertas esferas de la acción política (2002: 100).

Desde la teoría institucional de los derechos fundamentales, Landa explica que para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional; de modo que “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos”. Por otro lado, precisa que los derechos fundamentales en tanto gozan junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así el doble carácter de los derechos fundamentales (Landa 2006: 9).

Nos interesa destacar no sólo el derecho de asociación como derecho de la persona sino también como un orden institucional, es decir, más allá del carácter subjetivo del derecho existen obligaciones del Estado respecto de este derecho.

El derecho fundamental de asociación al ser un derecho de primera generación (derechos civiles y políticos) tiene como fundamento básico la libertad, nos interesa conocer si este sigue siéndolo plenamente o hay otros principios orientadores a tener en cuenta.

1.2 ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Mucho se ha dicho sobre el derecho que nos ocupa, empezaremos señalando que es un derecho fundamental de primera generación que nació dentro de la idea abstracta de libertad. Como derecho fundamental ha pasado de ser exigible sólo frente al Estado a ser exigible también frente a los particulares.

En un momento histórico determinado el hombre pasa de súbdito frente al poder a contar con el reconocimiento de un ámbito de libertad, ámbito que es inmune a la acción del poder político (*status libertatis*). De esta manera, se formulan una serie de derechos que salvaguardan la autonomía personal y que pueden ser opuestos al Estado. El Estado está obligado simplemente a garantizar esferas de autonomía a los particulares, de modo que éstos podrán exigir de aquel su abstención. Se habla entonces de derechos personales o individuales como el derecho a la vida, la libertad personal, el derecho a la intimidad, entre otros (Castillo Córdoba 2005:98).

En la relación individuo-Estado, los derechos de libertad definen negativamente el ámbito de actuación que tiene atribuido toda persona. Estos derechos, configuran una esfera de autonomía personal al atribuir a su titular una serie de facultades de hacer. Frente a ellos el Estado, o mejor dicho las distintas instituciones en las que se organiza el poder público, adquieren la obligación de abstención. El Estado cumple con los derechos de libertad de las personas simplemente organizando las reglas básicas de convivencia que en ningún momento suponen intervención en el ámbito de autonomía personal de los individuos. Este ámbito de facultades de libertad reconocidas jurídicamente coincide con los derechos objeto de la primera

fase del constitucionalismo histórico, tradicionalmente llamadas “libertades públicas” o “derechos de la primera generación” como la libertad personal, el derecho de reunión, el derecho de asociación, etc. (Castillo Córdoba 2005:100-101).

El derecho de asociación no siempre ha tenido una fundamental trascendencia en la vida democrática de las naciones. Hay que tener en cuenta determinadas precisiones respecto al origen del derecho que tratamos.

Peces-Barba, da cuenta de las líneas de evolución de los Derechos Fundamentales, desde un proceso de positivación hasta el proceso de especificación, pasando por el de generalización y de internacionalización. Señala que las primeras formulaciones históricas de los derechos como derechos naturales partían de la igualdad natural de todos los seres humanos, y por consiguiente, de la consideración de todos como titulares, por influencia del iusnaturalismo. Asimismo, que la Declaración Francesa de 1789 se refería en el preámbulo a “(...) los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre (...)” y en el artículo primero afirmara que “(...) los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (...)”. Sin embargo, esta generalidad de los destinatarios titulares de los derechos no se correspondía con la realidad, ni tampoco con el carácter abstracto del derecho. Derechos claves no se consideraban, y estaban excluidos del elenco de los recogidos en las Declaraciones (americano y francés). Es el caso del derecho de asociación, señala, que incluso se prohíbe en Francia con la Ley Le Chapelier, del 14 de junio de 1791, que suprime las corporaciones; los clubes deportivos que emergen con la Revolución son suprimidos por la Constitución de 1795. El Código Penal de 1802 condicionaba a la asociación de más de 20 personas a la autorización previa del gobierno “y con las condiciones que la autoridad pública desee imponer a la sociedad (...)”. También refiere, que en España, las asociaciones son vistas en el siglo XIX con desconfianza, partiendo del principio, influido por Hobbes y por Rousseau, de que no hay ninguna fuerza intermedia entre el individuo y el Estado (1999: 162-163).

Pérez Royo, también indica que el ejercicio del derecho de asociación resultaba intelectualmente repugnante para lo que se entendía que tenía que ser la nueva constitución social y política opuesta a la del Antiguo Régimen. De ahí que la actitud del Estado frente al derecho de asociación fuera inicialmente una actitud represora. Nos informa que nada había que objetar a las asociaciones constituidas con ánimo de lucro, las sociedades civiles y mercantiles, que, según refiere, nunca se han considerado ejercicio del derecho de asociación, sino que eran simplemente una manifestación más de la libertad económica característica de la nueva organización económica de la sociedad. Asociarse para ganar dinero, nunca se ha considerado sospechoso. La desconfianza se produce respecto de la asociación sin ánimo de lucro. La inquina al ejercicio del derecho de asociación lo era contra el ejercicio de dicho derecho en su vertiente política y, sobre todo, sindical, por constituir intermediarios entre el ciudadano y el Estado (2005: 458).

Volio Jiménez al respecto nos manifiesta, que en la renombrada Declaración Francesa de Derechos, solo se consagró la libertad de “asociación política” como un medio indispensable para realizar la vida republicana, pero se dejó al lado, por contrariar los fines de aquella vida, en esos momentos de cambios, la libertad general de asociación. De esa manera, indica, se trató de defender “los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”; en ambos casos, se reflejó la necesidad contemporánea de afirmar el poder del pueblo frente al poder público.

El mismo autor, refiere que tampoco en la Declaración de Derechos de Virginia ni en las adoptados en la misma época por las otras ex-colonias en lo que hoy son los Estados Unidos de América, creyeron necesario referirse al derecho de asociación. Pero no debe interpretarse, nos dice, la falta de una referencia expresa al derecho de asociación, como un modo de reaccionar contra el gremialismo, como ya se ha visto que ocurrió en Francia, porque, más bien, el derecho de asociación constituía un aspecto medular de la libertad que caracterizó el pensamiento de los constructores de la Estados Unidos, desde el momento

mismo en que las colonias decidieron separarse de la metrópoli. Cita a Truman, quien refiriéndose a los derechos que protege la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, hace ver que “las primeras libertades consagradas en ella –religión, palabra, prensa y reunión- constituían el sagrado haz (o núcleo) de las libertades de expresión y conciencia”. De estas libertades, Truman dice además: “dos otros derechos relativos a la libertad - la libertad de asociación y el derecho a la vida privada - han llegado a ser considerados como incluidos en el haz de libertades garantizado por la Primera Enmienda, por ser necesarios para el disfrute de las libertades de expresión y de conciencia, aun cuando los términos “asociación” y “privacidad” no aparecen en la Constitución”. Continúa señalando que dicho reconocimiento se logró mediante la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, relativa no solo a dicha enmienda, sino también a la Decimocuarta: “La defensa efectiva de tanto los puntos de vista públicos, como de los privados, particularmente, los controvertidos, es acrecentada por la unión en asociaciones... La libertad de vincularse a asociaciones para la promoción de creencias e ideas, es un aspecto inseparable de la “Libertad” afirmada por la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda” (1986:18-19).

Siguiendo a Peces Barba, el inventario del proceso de generalización tiene tres grandes dimensiones, que se refieren a la puesta en marcha de derechos que garantizan o hacen posible una participación política igualitaria, y por consiguiente una participación de la clase trabajadora en la configuración de una nueva generación de derechos fundamentales para asegurar la solidaridad y la igualdad, y por fin en la desfundamentación del derecho de propiedad. Los dos primeros aspectos suponen una actividad que añade nuevos derechos, y el tercero y último una actividad negativa de exclusión del elenco de los derechos. Es el paso del Estado Liberal al Estado Social. Los derechos nuevos son el derecho de asociación y el de sufragio universal. El primero tendrá una repercusión en el ámbito político y también en el sindical, y será el origen de los partidos, de los sindicatos y de las asociaciones para otros fines, culturales, deportivos. Frente al

asociacionismo viejo, el estamental y gremial, donde predomina el elemento comunitario, este asociacionismo nuevo arranca del individuo, es un derecho del individuo, que incluso - como en Francia – se configura como un contrato entre individuos en su ley de 1901. El reconocimiento del derecho de asociación se producirá tras muchas vicisitudes, luchas y represiones. Aquí interesan los resultados que suponen una participación progresiva de los ciudadanos en general, y de los trabajadores en particular, a través de sociedades de socorros mutuos, asociaciones o sindicatos, y de una coordinación a partir de la I Internacional, y sobre todo desde el marco de la II Internacional. Asimismo, como consecuencia de la acción coordinada del ejercicio del derecho de asociación y del sufragio por estos grupos sociales democráticos, radicales o socialistas, se incorporan al Parlamento representantes de los partidos obreros que defenderán sus intereses y que plantearán problemas ajenos a los que tradicionalmente interesaban a la burguesía (1999: 168-169).

Interesa resaltar aquí, que el derecho de asociación se nutre en ese contexto de ideas que provienen del socialismo, como señala Eduardo Bernstein, citado por Peces-Barba, quien vinculará la asociación, en sentido amplio, con la idea de fraternidad y la definirá como “(...) el principio en virtud del cual, los hombres, en lugar de aislarse y disputarse la vida y la fortuna como si fuera una presa, en definitiva, de destrozarse, reúnen sus voluntades y trabajan juntos en una obra común, de la que cada uno se beneficia según sus necesidades, después de haber contribuido según sus facultades (...)” (Peces Barba 1999:167).

En el siglo XX, tras la afirmación inequívoca de la legitimación democrática como fundamento del Estado, cambiaría la perspectiva desde la que se consideraría el derecho de asociación. Los partidos políticos y sindicatos se convertirían de esta manera en instituciones de relevancia constitucional, dejando de ser, en consecuencia, el derecho de asociación en su reconocimiento y ejercicio un derecho problemático (Pérez Royo 2005: 459).

A la vertiente negativa del derecho de asociación no se le prestó atención alguna en el siglo XIX. Cuando se habla de derecho de asociación en esa época, se piensa única y exclusivamente en su vertiente positiva. La negativa era el derecho vigente, es decir, la prohibición del ejercicio del derecho. Una sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC 67/1985) señala que el reconocimiento y alcance de estas dos libertades – positiva y negativa – se encuentra en conexión con el tipo de Estado en cada tiempo y lugar. Así, la libertad de asociarse supone la superación del recelo con que el Estado liberal contempló el derecho de asociación, y la libertad de no asociarse es una garantía frente al dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de Corporaciones o asociaciones coactivas que dispusieran del monopolio de una determinada actividad social. Las consecuencias que para la sociedad y para la libertad de los ciudadanos puede tener la imposición por el Estado del ejercicio del derecho de asociación o, lo que viene a ser lo mismo, la transformación del derecho de asociación en el deber de pertenecer a una asociación, pueden ser extraordinarias, hasta el punto de acabar con el Estado democrático y transformarlo en otro diferente (Pérez Royo 2005: 471-472).

Como consecuencia directa y reflejo inconfundible de una vida democrática plena, los hombres empezaron a agruparse con el propósito de promover ideales e intereses diferentes a los propiamente políticos, aunque incluso para la atención de estos últimos también comprendieron la necesidad de asociarse, en vista de que los partidos políticos no agotan la representación de los intereses de los ciudadanos y, por lo tanto, se hace necesario actuar cerca de los centros de decisión política, con el fin de hacer oír y valer la opinión de aquéllos. De esta manera, la democracia del Siglo XX se caracteriza por la existencia y el funcionamiento de una pluralidad de grupos que invierte el proceso político del Siglo XVIII, aunque por igual razón: la necesidad de defender la libertad frente a estructuras de poder agobiantes, como es el Estado hipertrofiado moderno y como era el absolutismo omnímodo antiguo, que en parte se manifestaba en los gremios o corporaciones (Volio Jiménez 1986: 21-22).

Por su parte Norberto Bobbio observa que el pluralismo nace del derecho de asociación y que la sociedad pluralista nace del hecho que se forman poco a poco en un sociedad democrática grupos de interés, sindicatos, partidos que aprovechan el derecho de asociación para acoger a personas que tienen los mismos intereses (sindicatos) o las mismas ideas o ideologías (partidos) y que después terminan por transformarse en los verdaderos sujetos políticos de una sociedad democrática. Recuerda: “si queremos aún recurrir a la lección de la historia, a Tocqueville y su famoso libro en dos volúmenes, *“La democracia en América”*. ¿Qué constató Tocqueville en los Estados Unidos como prueba de la vida democrática, esa que según él no existía en Europa? La pluralidad de las asociaciones, la fuerza de las asociaciones. En otras palabras constató que la sociedad con estos grupos, con la formación de estos grupos era más fuerte que el Estado (1986: 133-134).

En esa línea, Miguel Carbonell cita a Peter Häberle quien escribe que la libertad de asociación es “un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la Constitución del pluralismo” (2011:13).

Sin dejar de destacar el pluralismo como idea superior como proponen los citados autores, podemos afirmar que hoy en día, existe el reconocimiento concreto que el ejercicio del derecho de asociación es fundamental para operar cambios positivos en la sociedad, como lo reconoce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del 31/12/2009:

“La Comisión entiende las asociaciones de vecinos; organizaciones comunitarias; comisiones de fomento; sindicatos; clubes deportivos; organizaciones religiosas; redes; o grupos de interés, por su propia naturaleza, conforman un valioso capital social. Estas modalidades asociativas se sostienen en fuertes relaciones de confianza y reciprocidad, circunstancia que las fortalece para intervenir sobre

algunos factores posibilitadores de la violencia y el delito. En especial, estas formas de organización social generan las mejores condiciones para la resolución no violenta de los conflictos interpersonales o grupales en el plano local. En ese marco, diversas formas o modalidades de participación de la comunidad en acciones relacionadas con la seguridad ciudadana, en el marco del ejercicio del derecho de asociación y de participación en los asuntos públicos, deben desarrollarse en el cauce de determinados canales previamente consensuados y claramente establecidos, con el objetivo central de fortalecer el Estado de Derecho y la institucionalidad democrática. Especialmente, la Comisión comparte que las modalidades para la participación de la sociedad en asuntos relacionados con la seguridad ciudadana, tiene que prestar atención exclusivamente a la prevención social, comunitaria o situacional de conductas violentas o delictivas, favoreciendo un ambiente de tolerancia y respeto, y contribuyendo a atacar los factores de riesgo culturales, sociales o económicos. La Comisión subraya expresamente que, en un Estado de Derecho, el uso de la fuerza y otros medios de coacción legítimos son monopolio de las autoridades públicas, quienes deben utilizarlos de acuerdo a los estándares ya identificados en el presente informe. Para la Comisión, los Estados incumplen sus deberes de protección y garantía de los derechos humanos cuando permiten, favorecen o toleran el funcionamiento de grupos de particulares que usurpan funciones esenciales de las instituciones del sistema de administración de justicia o las fuerzas de policía. La historia del continente registra situaciones recientes donde este tipo de prácticas han generado violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, por lo que es deber del Estado democrático ejercer un fuerte control sobre las mismas para evitar su funcionamiento y, en su caso, aplicar las sanciones penales que correspondan según el derecho interno.” (El subrayado es nuestro).

No dudamos por ello, de la importancia que sigue teniendo hoy en día el ejercicio del derecho fundamental de asociación para la conservación de la democracia, la lucha por la paz y el fortalecimiento del Estado de Derecho; es definitivamente fundamental para operar cambios positivos en la sociedad.

1.3 CONCEPTO DE DERECHO DE ASOCIACIÓN

El concepto del derecho de asociación está ligado a la organización en la que se ejerce este derecho. Esta situación especial hace que el derecho se manifieste desde una doble dimensión: Individual, a través de la persona humana y, colectiva, a través de la organización en la que la persona humana ejerce el derecho.

De ahí que el derecho de asociación presente una doble titularidad que se corresponde con los dos modos de ejercitar dicho derecho: por una lado, como acción voluntaria y libre de la persona humana; por otro, mediante la persona jurídica que resulta de la creación humana que también, es ella misma, titular del derecho (Martín Huertas 2009: 324). En esa misma línea, Mendoza Escalante se refiere a las dos dimensiones que el derecho de asociación presenta: una individual y otra colectiva. En el primer caso, se trata del derecho de asociación de la persona, en cuanto tal o en cuanto miembro de una asociación, la titularidad corresponde aquí a la persona natural; y en el segundo caso, se trata del derecho de asociación de la asociación, en cuanto tal, es decir, en cuanto persona jurídica (2009:127).

En definitiva, el derecho de asociación tiene doble titularidad, se ejerce de manera individual y de manera colectiva por las organizaciones. El derecho le pertenece plenamente a la persona natural y a la organización asociativa.

Ferrer y Riba y Salvador Coderch, dan cuenta que en Alemania la atribución de la titularidad del derecho fundamental de asociación a la entidad ya constituida es discutida, porque dicha titularidad del colectivo está funcionalmente limitada a dar plena efectividad al derecho individual, y que por ello es complementaria y accesorio (1997: 101).

Consideramos que si bien teóricamente se visualiza que la titularidad del colectivo debe servir al ejercicio del derecho individual, en los hechos ocurre que en

algunas organizaciones ambos derechos colisionan, por lo que se hace necesario separar ambas titularidades para analizar la incidencia de las afectaciones y su debida protección, como lo veremos en este trabajo.

Como todo derecho fundamental, el derecho de asociación tiene una doble dimensión. Dimensión subjetiva y dimensión objetiva. Por una lado, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pues protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros y, facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa, es decir, el Estado debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales; pero, por otro lado, son también instituciones objetivas valorativas de todo el ordenamiento jurídico (STC peruano Exp. 3330-2004-AA, FJ 9). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha sostenido que de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución, no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano (STCE 53/1985). Lo relevante es, que este doble carácter, obliga al Estado, por un lado a no lesionar la esfera individual y, por el otro lado, a coadyuvar desde el ámbito de sus funciones a que el disfrute de los derechos sea real y efectivo. Por lo tanto, el Estado debe también garantizar y satisfacer los derechos fundamentales. Nos interesa este compromiso de los poderes públicos que revela un papel activo del Estado frente a los derechos fundamentales y concretamente frente al derecho de asociación.

Como señala Alexei Julio Estrada, citado por Tole, se trata de un comportamiento que deben asumir los poderes públicos, cuando la conducta de terceros, bien sean particulares o las autoridades públicas, que no son destinatarios de las

prerrogativas fundamentales, amenazan o lesionan bienes iusfundamentales protegidos de los asociados (Tole Martínez 2006: 284).

Sobre el derecho de asociación, Miguel Carbonell sostiene “el derecho de asociación, consiste en la libertad de todos los habitantes para conformar, por sí mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Hans Kelsen llamaría un “centro de imputación de derechos y obligaciones”, con el objeto y finalidad que sus integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito.” Agrega el autor, que la libertad de asociación tiene un papel principal en la conformación de las sociedades modernas, pues expresa la posibilidad de constituir agregados interpersonales de intereses, que tengan reconocida una personalidad jurídica. Por medio de las asociaciones, las personas añaden un elemento importante a su convivencia y pueden expandir su horizonte vital, participando con otras personas en la consecución de ciertos fines. La participación asociativa incrementa el sentimiento cívico de los ciudadanos, les permite incidir de forma más directa en las decisiones importantes de su comunidad y refuerza los vínculos amistosos e incluso familiares (2006:829).

En la misma línea Toro Lopera manifiesta:

“Cada vez más en la sociedad moderna el acceso del ciudadano al Estado se da a través de formas asociativas y organismos intermedios surgidos en el seno de la sociedad civil. Ello ha dado lugar a que en algunas constituciones como la italiana se consagre de manera explícita la posibilidad de existencia de tales organismos y su funcionalidad como una de las expresiones, junto con los partidos, del pluralismo democrático. Es indudable que en esta óptica, las organizaciones sociales juegan un papel definitivo: ellas abren la posibilidad de que se materialice y exprese en muchos espacios y niveles el sujeto participante plural, colectivo y comunitario que constituye uno de los correlatos, indispensables de la democracia participativa.

Con la importancia central que se les reconoce, hay que decir que los partidos y movimientos políticos no agotan las posibilidades de expresión de la sociedad civil, ni constituyen el único factor que dinamiza la democracia en las sociedades modernas. La dinámica de ésta se genera hoy y se mantiene por el juego combinado de dos tipos de corrientes: las corrientes de opinión con intereses múltiples, que son los partidos o movimientos políticos, y las corrientes de interés múltiples, que son las organizaciones sociales y gremiales.

Hechos y dinámicas recientes en diversas latitudes, que han roto prácticamente con todos los antiguos esquemas que le otorgaban al trabajo partidista la prioridad absoluta, indican que tener proyecto político no es privilegio exclusivo de la organización política: es evidente que la organización o movimiento social, sobre todo si se orienta por un proyección socio-política, es también portador de un verdadero proyecto político en cuanto muestra una manera peculiar o propia de plantearse la dinámica social y los problemas del gobierno, Estado y el poder.”
(Toro Lopera 1993:121)

Por su parte, Nino nos dice que en una democracia liberal existen dos exigencias centrales: el respeto de la autonomía de las personas y la participación en el proceso colectivo de discusión y toma de decisiones; y que estas exigencias requieren que haya oportunidades para que los individuos puedan reunirse y asociarse con otros. Concretamente señala que la idea de asociación implica la convergencia de varios individuos en una organización que establece un esquema de cooperación para alcanzar ciertos fines (Nino 1992:335). Será necesaria una mínima puesta en común de voluntades (Martín Huertas 2009: 409).

En nuestro país, Rubio Correa, señala que en lo esencial, el derecho de asociación consiste en la libertad que tienen las personas para juntarse entre ellas a fin de realizar un objeto en común. La asociación es un derecho genérico a colaborar entre humanos y adopta varias formas. El derecho de asociación, acota, no tiene que conducir necesariamente a la formación de una persona jurídica

distinta a los asociados para poder ejercerse; por el contrario, basta con la coaligación de las personas para la finalidad común, el propio Código Civil reconoce a las asociaciones, fundaciones o comités no inscritos (Rubio Correa 1998:20).

Volio Jiménez, nos ofrece el concepto de asociación desde la perspectiva de diversos autores y señala desde las definiciones que expone, que se trata de asegurar que por iniciativa propia y sin compulsión alguna, un grupo de individuos busque, en forma solidaria, duradera e independiente, la promoción y defensa de principios propuestos lícitos que comparten. El propósito de tal unión es asegurar la conveniencia particular de sus miembros, con exclusión de toda injerencia indebida de la autoridad pública o de terceros al momento de formarse el grupo, o durante su existencia o al disolverse o mermar el número de sus miembros, lo mismo que evitar todo acto dañino para la sociedad nacional o internacional. A este grupo social lo llama asociación, cuyas características medulares son: a) la voluntad no coaccionada de unirse o separarse de la unión; b) la comunidad de intereses legítimos y, consecuentemente, c) la promoción democrática de sus miembros. Para el autor, el origen mismo del término “asociación” confirma lo antes dicho, pues se deriva de *associare*, reunir (compuesto de *socius*, compañero) y nadie, voluntariamente, se hace socio o compañero de una persona con la que no comparte ciertos valores, ideas y propósitos, o con la que no se tiene ninguna afinidad significativa, sobre todo, si lo que se pretende es que la unión sea estable y armoniosa. Nadie, tampoco, desea permanecer, atado al socio o compañero si se producen circunstancias que ya no hacen deseable o conveniente la asociación (1986: 39-44).

Mendoza Escalante, por su parte subraya respecto al grupo asociativo, que la asociación constituye ante todo una institución en el sentido de la teoría de la institución. Es un conjunto de personas dotadas de una organización para el cumplimiento de una finalidad común. Esta concepción institucional de asociación permite advertir que lo distintivo de ella, señala, es la configuración de un ente,

distinto a sus miembros, y, por tanto con personalidad jurídica propia. Expresa, que los elementos que componen una asociación son:

- El elemento personal,
- El carácter voluntario de su formación, como consecuencia de erigirse en el ejercicio de la libertad de asociación,
- Una organización, y
- Una finalidad.

Considera también, que dentro de un concepto amplio de asociación está toda entidad privada con base asociativa, orientada al cumplimiento de cualquier fin y, dentro de un concepto restringido, la asociación es aquella constituida sin fines de lucro. De esta manera, al cumplirse con todos los elementos señalados previamente, las sociedades comerciales, según el autor, están incluidas en el concepto constitucional de asociación, aun tenga fines de lucro (2008: 25-35).

Será relevante entonces, el tipo de organización en la que se desenvuelve el derecho, pues forma parte de su configuración. No es lo mismo ejercer el derecho en una asociación cultural, en un partido político, en un sindicato, en un colegio profesional, en una comunidad campesina, en una cooperativa; aunque el derecho es el mismo, este será más o menos activo, más o menos conflictivo, más o menos trascendente en la vida social, dependiendo de la organización.

Como se ha podido advertir, no es relevante para determinar el derecho el que el mismo se ejerza en una organización sin fines de lucro.

Al respecto, Rubio Correa señala, que el artículo constitucional se refiere a las instituciones sin fines de lucro. La finalidad lucrativa tendrá otras formas de institucionalización y de protección constitucional, principalmente a través de la libre iniciativa privada del artículo 58 de la propia Carta. En cambio, manifiesta, apoyándose en los votos de dos magistrados en una sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, emitida en el contexto de la Carta de 1979, que en su

texto había que considerar a todas las formas de sociedad y asociación. Sin embargo, considera que esto no podría extenderse a la Carta de 1993, que expresamente dice que el derecho a asociarse está referido a “*organización jurídica sin fines de lucro*”. Las sociedades estarán fuera del alcance del artículo 2 inciso 13 de la Constitución y, por consiguiente podrán recibir resolución administrativa que conduzca a su disolución, directa o indirectamente (1998:22-25).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha extendido el derecho de asociación a toda clase de objetivos, como lo plantea también Mendoza Escalante, posición que compartimos, pero con las atinencias que más adelante precisaremos.

Ahora bien, Rubio Correa también nos da su opinión sobre el derecho de asociación como género y especie, con especial referencia al derecho de formar sindicatos. Discrepando con Oscar Ermida Uriarte, a quien cita, señala que no cree que haya un significado genérico y otro específico del concepto de asociación que tiene la Constitución, como considera dicho autor. El concepto siempre será el genérico y, dentro de él, como una posibilidad entrará la asociación civil formalizada. Señala que aún el Código Civil se pone en la posibilidad de que la asociación no llegue a constituirse como persona jurídica distinta. Haciendo una evaluación del trabajo de Ermida, le queda la clara impresión de que la asociación civil y el sindicato son muy distintos entre sí y no tienen una relación de género a especie. Sin embargo, el derecho de asociación es un principio genérico que ampara toda forma de asociación que cumpla sus requisitos. Niega que la asociación prevista en la Constitución se materialice en las asociaciones civiles reguladas por los códigos de la materia. Todo lo contrario: el derecho constitucional de asociación es género y una de las especies es la asociación civil. Otras, en pie de equiparidad pero con notables diferencias, será la sindical y la política (además de otras más que puedan existir). En resumen, plantea, que el derecho de asociación establecido en la Constitución es un principio que no debe

ser confundido con ninguna de sus especies, entre las cuales están la asociación civil, la asociación política y la sindical, cada una con sus importantes diferencias (1998: 28-33).

El derecho de asociación que se ejerce en un sindicato es un derecho social, el derecho de asociación que se ejerce en un partido político es un derecho político, el derecho de asociación que se ejerce en una empresa es un derecho ligado a la libertad de empresa y a los fines lucrativos de ésta; estas circunstancias exigen que, además, en tales casos, se atienda a sus particularidades, pues merecen también ser estudiadas desde esas especiales perspectivas, sin que pueda negarse la vinculación que existe en ellas.

El derecho de asociación es un derecho comprensivo, con una fuerza vinculante indiscutible que trasciende a toda forma de organización. Este es el derecho de asociación que nos interesa tratar en nuestro trabajo.

Como ya lo hemos venido exponiendo y lo resume el Tribunal Constitucional Peruano en la Sentencia del EXP. N° 04520-2006-PAA/TC, el derecho de asociación¹:

- Puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de

¹ Como antecedente, en la Sentencia emitida en el Exp. 1027-2004-AA se señala que entre las principales características del derecho de asociación se tiene a las tres siguientes:

- Existencia del derecho como atributo *de las personas naturales o jurídicas* a asociarse libremente, sin autorización previa y con arreglo a ley, con el objeto de participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

- El reconocimiento de la garantía constitucional de la asociación, como forma de organización jurídica. La asociación, organizada a través de una persona jurídica, se constituye con una pluralidad de sujetos en relación coexistencial cuyo propósito es la consecución de determinados fines consensuados. Ello implica una acción de juntamiento con carácter estable a plazo determinado o indeterminado, según la naturaleza y finalidad del acto asociativo.

- Operatividad institucional conforme a la propia organización del ente creado por el acto asociativo; la cual, si bien se establece conforme a la voluntad de los asociados, debe sujetarse al marco de la Constitución y las leyes, las que respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollan y regulan.

determinados objetivos y finalidades, los cuales, aunque pueden ser de diversa orientación, tienen como necesario correlato su conformidad con la ley.

- Es en primer término una facultad que aunque puede invocarse por cualquier persona a título individual, sólo se concretiza en tanto aquella se integra conjuntamente con otras personas que, al igual como la interesada, aspiran a ejercer dicha libertad. Su titularidad es individual, su efectivo ejercicio, fundamentalmente colectivo.
- No sólo implica la libertad de asociarse en sentido estricto, sino que, por correlato, también supone la facultad de no aceptar compulsivamente dicha situación (libertad de no asociarse) o, de renunciar en cualquier momento a la misma (libertad de desvincularse asociativamente)².
- No requiere de ningún tipo de autorización administrativa. Esto es sin perjuicio, de que para desplegar determinado tipo de actividades, en ciertos casos, se requiera de autorización.³

² Para Rubio Correa “*el derecho reúne, pues, la virtualidad de pertenecer como la de no pertenecer a la asociación. Es una aclaración pertinente al texto de nuestra Carta. Entre otras cosas, ello también quiere decir que el asociado está siempre en libertad de desafiliarse de la asociación, desde luego cumpliendo los requisitos debidos, según las disposiciones legales y estatutarias del caso, las que sin embargo, no pueden llegar a impedir la desafiliación por ser ella, también un derecho.*” (1998: 26).

³ En el FJ 6 se señala: “Relacionada con la variable anteriormente señalada, debe precisarse, en tercer lugar, que el derecho de asociación no requiere ningún tipo de autorización administrativa a los efectos de configurarse como tal. Que en todo caso, presuponga para los efectos de su formalización el cumplimiento de determinados y específicos requisitos, no se interpreta como que la autoridad, sea quien, *prima facie*, autoriza su funcionamiento, sino únicamente la que supervisa su correcto desempeño de acuerdo a ley. Sin perjuicio de lo que más adelante se verá, es pertinente puntualizar que no es lo mismo ejercer el derecho de asociación (para lo cual y como se dijo, no se requiere autorización) que desplegar determinado tipo de actividades (lo que en ciertos casos, sí supone autorización de por medio)”. Podemos apreciar, que el cumplimiento de determinados y específicos requisitos que debe cumplir el ente asociativo creado, se hará ante el Registro Público para su respectiva inscripción, lo cual no quiere decir que esta inscripción signifique una autorización para su funcionamiento, si no, como se dice en la sentencia, la autoridad interviene para supervisar su correcto desempeño de acuerdo a ley.

- Supone una concretización de cierta permanencia o continuidad en el tiempo. Se distingue en ello, del derecho de reunión, que su puesta en práctica es sólo episódico o circunstancial.
- En cuanto al propósito por el cual se estructura, el derecho de asociación no se condiciona a objetivo o variable particular alguna. Para efectos constitucionales, las finalidades de dicho atributo no sólo se concreta en los consabidos fines no lucrativos, sino en toda clase de objetivos⁴. El único y

En la Sentencia del Exp. 0011-2002-AI. FJ 4 “ (...) Y es que, conforme se desprende del propio texto de la disposición aludida, no toda organización jurídica queda comprendida en el supuesto protegido por la norma, sino sólo aquellas que carezcan de fin lucrativo y siempre que hayan sido constituidas y ejerzan sus actividades conforme a ley. Por otra parte, este Colegiado considera que cuando la norma establece que el derecho puede ser ejercido "sin autorización previa", no sólo pretende instaurar una garantía individual, sino también una de índole social, pues se entiende que el caso de las organizaciones cuyo funcionamiento, dado el especial interés público que reviste su objeto, requiera del previo consentimiento del Estado, se encuentran fuera de la protección de la disposición *in comento*. Desde luego, corresponderá en cada caso determinar la razonabilidad y proporcionalidad al establecerse la necesidad de la previa autorización, a efectos de que ésta no se convierta en una herramienta estatal para escapar de la protección que la Constitución brinda al derecho de asociación”. Según esta sentencia, no será materia de protección el derecho de asociación que se ejerce en aquellas organizaciones que sí requieren de previo consentimiento del Estado para su funcionamiento, debido al interés público que reviste su objeto.

⁴ En los fundamentos de la STC Exp. 04520-2006-PA/TC se señala lo siguiente: “8. (...) Tal conclusión, aunque en apariencia pueda parecer contradictoria con el texto constitucional, no es tal si nos atenemos a dos argumentos esenciales; uno que repara en el derecho constitucional interno y otro, más bien, en el derecho internacional de los derechos humanos (derecho constitucional supranacional).

9. En lo que respecta al primer argumento, el mismo texto constitucional reconoce en el inciso 17) del artículo 2° el derecho de toda persona a participar no sólo en forma individual, sino también *asociada*, en la vida política, *económica*, social y cultural de la nación, lo que en pocas palabras significa que, desde una perspectiva amplia (la que ofrece el derecho de participación), no sólo cabe ejercer el derecho de asociación para propósitos no lucrativos, sino también para objetivos que, al revés de lo dicho, sean lucrativos (no otra cosa representan los consabidos fines económicos).

10. Este Tribunal considera, por lo demás, que la temática de los fines del derecho de asociación no es en realidad un asunto tan gravitante, si se toma en cuenta la existencia de controles de sujeción a la legalidad o la existencia de límites razonables para cada tipo o variante de actividad asociativa. Pretender analogar el régimen del derecho de asociación a la concepción *ius privatista* de “asociación” significa desconocer diversos aspectos no sólo doctrinales sino también históricos, pues ninguna de nuestras Constituciones precedentes (ni la de 1856, donde por primera vez se reconoció dicho atributo, ni en las posteriores de 1860, 1867, 1920, 1933 y, sobre todo, la de 1979) han exigido como presupuesto del derecho de asociación que este tenga fines no lucrativos.

razonable condicionamiento al ejercicio del derecho de asociación estará a lo que determine la ley, la que por su parte puede establecer requisitos, determinar reglas de actuación o incluso, limitar las propias finalidades de modo que se armonicen con el resto de derechos fundamentales y bienes jurídicos de relevancia, más, de ninguna manera, proscribir *ipso facto*

11. En suma, conforme al primer argumento expuesto, tanto en aplicación de los principios de unidad y concordancia práctica como en observancia de lo previsto por nuestra Constitución histórica, es incorrecto sostener que los fines del derecho de asociación tengan que ser sólo de carácter no lucrativo.

12. Por lo que respecta al segundo argumento, conviene recordar que conforme a la Cuarta Disposición Final de nuestra Norma Fundamental, los derechos y libertades reconocidos por la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Siendo tal perspectiva la establecida desde la propia Carta Política, no parece difícil aceptar que frente a una hipotética incertidumbre sobre los alcances del derecho en cuestión, la respuesta la tendrían que otorgar los instrumentos internacionales.

13. Si lo antes descrito es la correcto, como este Colegiado también lo considera y como lo ha hecho saber en más de una oportunidad respecto del contenido de otros derechos fundamentales, queda claro lo siguiente: **a)** conforme al artículo 20° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos *“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”* (inciso 1) agregándose que *“Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”* (inciso 2); **b)** de acuerdo al artículo 22° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *“Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”* (inciso 1); *“El ejercicio de tal derecho sólo podrá 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 públicas o del orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”* (inciso 2); **c)** finalmente, conforme al artículo 16° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (el más inmediato de nuestros instrumentos) *“Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”* (inciso 1); *“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”* (inciso 2); *“Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”* (inciso 3).

14. Como es fácil advertir, la respuesta que dispensan los instrumentos internacionales a la temática que rodea a los fines del derecho de asociación es absolutamente concluyente en todos los casos. En ninguno de ellos se condiciona el ejercicio de dicho atributo fundamental a unos presuntos fines de carácter no lucrativo. Las únicas restricciones susceptibles de considerarse como tales son, como lo dicen las propias normas, las que puedan derivarse de las exigencias impuestas por un Estado democrático, la seguridad nacional, el orden público, la salud y moral públicas y los derechos y libertades fundamentales. Por lo demás, por si existieran dudas al respecto, la Convención Americana es absolutamente enfática al justificar el carácter abierto o multidimensional en los alcances o ámbitos en los que se manifiesta el derecho de asociación”.

actividades o roles a menos que con la existencia de estos se desnaturalicen los propios objetivos constitucionales.

Vistas las características del derecho de asociación, consideramos que podemos partir de una definición sencilla del derecho fundamental de asociación, como la que hace Nino, para él, implica la libertad de participación en el proceso colectivo de discusión y toma de decisiones; esto genera la convergencia de varios individuos en una organización que establece un esquema de cooperación para alcanzar ciertos fines.

Esta participación se complejiza, en atención al tipo de organización que se genera, así, adopta matices especiales cuando se trata de la participación política en los partidos políticos, o cuando estamos ante la participación en la defensa de los derechos laborales a través de los sindicatos, o cuando se participa en una sociedad, en la que interviene además la libertad de empresa y entra a tallar los fines lucrativos de la organización.

Hoy en día adquiere especial interés el derecho fundamental de asociación que se ejerce en ciertas organizaciones con proyección social, pues como señalaba Toro Lopera estas también tienen corrientes de opinión y pueden legítimamente ser portadoras de un cambio en la sociedad, más aún cuando los partidos políticos se encuentran en crisis y no todos tienen la posibilidad ni el interés de llegar a uno de ellos.

Conforme a lo expuesto, para adoptar un concepto del derecho fundamental de asociación debemos tener en cuenta lo siguiente:

- Extender el derecho de asociación de una persona natural a una persona jurídica, es connatural al derecho mismo. Es cierto que el derecho de asociación surgió desde la persona humana, pero, se ejerce a través de un ente colectivo. La realidad también demuestra que las personas jurídicas se

asocian y por ende también necesitan protección constitucional del derecho de asociación que ejercen. Podría sostenerse que en el caso de las personas jurídicas que se asocian a otras personas jurídicas, los derechos fundamentales, como el de asociación, se ejercen a través del derecho de asociación de los asociados, pero esto se hace difícil, los asociados de las primeras terminan por desvincularse de las segundas. Estamos de acuerdo en que no todos los derechos fundamentales son aplicables a las personas jurídicas, sin embargo, no existen dudas para considerar que el derecho de asociación sí se aplica a las personas jurídicas. El Tribunal Constitucional peruano considera que los procesos constitucionales están destinados a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y que sólo por excepción se podría ingresar al fondo de la controversia para resolver un conflicto traído por persona jurídica, esto es, cuando la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total, evidenciándose la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia⁵. El Tribunal Constitucional español tiene pronunciamientos favorables concretos con relación a la titularidad del derecho de asociación de las personas jurídicas.⁶

- Consideramos que extender el derecho de asociación a las organizaciones con fines lucrativos requiere de fundamentación⁷. Nuestra Constitución

⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano: Exp. 03868-2007-AA, Exp. 0291-2007-PA/TC, Exp. N° 2714-2009-PA/TC.

⁶ En España esto es posible no obstante existir silencio en la Constitución. Véase: Gómez Montoro (2000:23-71). Vidal Marín (1998: 205).

⁷ Al respecto, Mijail Mendoza argumenta que debe partirse de la naturaleza o clase de este derecho fundamental. Se trata de un derecho de libertad, razón por la cual no adquiere relevancia el tipo, clase o naturaleza del fin que con su ejercicio se promueva. Evidentemente, el fin ilícito, contrario al ordenamiento jurídico, se encuentra prohibido. Ello sí tiene relevancia constitucional. Pero al margen de esto, el tipo de fin no incide en lo que constitucionalmente deba entenderse como asociación. Señala también, que otra razón a considerar es la función instrumental de este derecho, esto es, orientada al cumplimiento de los más diversos fines. En tal sentido, opina, que excluir del concepto constitucional de asociación a una entidad por su fin de lucro, significa

expresamente considera a las organizaciones jurídicas sin fines de lucro, esto responde a que históricamente el derecho de asociación surgió en este ámbito y que las organizaciones lucrativas se organizan dentro de la libertad de empresa y de la libertad de trabajo⁸. El Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia EXP. N° 04520-2006-PA/TC considera que el derecho de asociación no se condiciona a objetivo o variable particular alguna. Para efectos constitucionales, las finalidades de dicho atributo no sólo se concretan en los consabidos fines no lucrativos, sino en toda clase de objetivos. El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia referida al EXP. N° 06431-2007-PA/TC, reconoce la vulneración del derecho de asociación del accionista de una sociedad, porque no se encontró previsión normativa alguna que contemple y que pueda sustentar la restricción de los derechos de asociación del recurrente con la expulsión, aunque la demanda fue amparada por haberse infringido el principio de legalidad y, en consecuencia por haber ocasionado una lesión del derecho al debido proceso. Sin embargo, cabe hacer precisiones, el caso tratado se refiere a una empresa de transportes organizada como sociedad anónima cerrada, esta es una sociedad de capitales y no de personas y, por ende, en principio, el accionista no tiene como persona natural una vinculación directa con la sociedad, lo que tiene es una vinculación patrimonial a través de las acciones de la que es titular; no obstante, muchas de estas empresas de transportes se organizan como sociedades, pero siguen comportándose en los hechos como organizaciones en la que calidad personal es la que prima, de ahí la figura de la expulsión. Consideramos que existe una distorsión, que en todo caso debe ser corregida en la ley;

desconocer la función misma del derecho de este derecho. Esta conclusión, agrega finalmente, que se ve más reforzada si se atiende al hecho de que el ejercicio de este derecho está orientado en ciertos casos, al desarrollo de actividades que se hallan bajo protección de otros derechos constitucionales: la participación política, el trabajo, la empresa (2008:25-35).

⁸ Vidal Marín señala que desde una perspectiva constitucional no existe ninguna base para excluir del ámbito de aplicación del artículo 22 de la Constitución Española a las sociedades civiles y mercantiles (1998: 206-207).

pues en las sociedades de acuerdo a su configuración legal, la vinculación de socio con la sociedad es únicamente de carácter patrimonial. Si bien debemos reconocer que las organizaciones con fines lucrativos tienen amparo constitucional, estando de acuerdo con los fundamentos expuestos por el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia del Expediente 04520-2006-AA, la extensión del derecho de asociación a las organizaciones lucrativas, debe ocurrir si eventualmente se vulnerara el derecho personal del socio, teniendo cuidado de no involucrar derechos de carácter patrimonial.

- Existen organizaciones en las que no se ejerce la libertad de asociación de manera voluntaria, sino compulsiva, como colegios profesionales, asociaciones empresariales, entre otros. En éstas, también se ejerce el derecho de asociación con las respectivas matizaciones considerando sus particularidades.
- El derecho de asociación se ejercita en una organización asociativa de cualquier índole. Dentro del concepto de asociación están comprendidos indudablemente, no solo las asociaciones, sino también los sindicatos, partidos políticos, cooperativas, comités, comunidades campesinas, comunidades nativas, organizaciones sociales de base y, las diversas organizaciones de carácter privado reconocidas legalmente, entre las que se encuentran las asociaciones y comités no inscritos, que tienen reconocimiento legal en el Código Civil, aunque no personería jurídica. Sin embargo, deberá atenderse también a sus particularidades reguladas en la normativa especial para cada tipo de persona jurídica. La junta de propietarios de una edificación sujeta al Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común, prevista en la Ley N° 27157 no es una persona jurídica, es decir, no es un ente distinto de sus miembros, sino la reunión de los propietarios de este tipo de edificación, a la que se pertenece por el solo hecho de ser propietario, tiene representantes y una organización interna.

En esta organización, el derecho de asociación se desarrollará teniendo en cuenta estas características. No será relevante que la organización tenga una personalidad distinta a la de sus integrantes, pues podría no tenerla, como ocurre en las organizaciones en las que simplemente se cumple con juntar a un grupo de personas por la finalidad de la actividad que realizan, sin generarse una persona jurídica distinta, es el caso de las juntas de propietarios de los edificios de propiedad horizontal; tampoco será relevante que cuenten con personalidad jurídica, porque las personas jurídicas no inscritas, no la tienen.

Hechas las precisiones, encontramos que el derecho de asociación logra la plenitud de su ejercicio a través de un ente colectivo, el cual se conforma por personas naturales o jurídicas para el cumplimiento de una finalidad común. Estamos ante un grupo colectivo o ente asociativo porque no es distintivo del derecho el que la organización tenga personalidad jurídica. La Constitución de 1993 se refiere a una organización jurídica en lugar de persona jurídica.

La Constitución recoge un concepto más amplio, la idea de organización resulta gravitante pues ella no puede sino referirse a la organización de personas, con lo cual - siguiendo a Alpa - se revaloriza el elemento personal de tales conglomerados por sobre el patrimonial. Se trata, en concreto, de un grupo de personas, es decir de seres humanos, que, como sustrato material o sociológico-existencial, aúnan esfuerzo para realizar actividades que de modo individual no podrían desarrollar (Vega Mere: p.157).

Teniendo en cuenta la teoría institucional, el derecho de asociación es un derecho subjetivo con los elementos indicados, el que a su vez requiere de un desarrollo normativo que formará parte de la configuración del derecho. El legislador garantizará la realización de este derecho. Actualmente, el desarrollo normativo, se encuentra en el Código Civil, o en leyes especiales diversas, como la Ley General de Sociedades, la Ley General de Cooperativas, Ley de Comunidades

Campesinas etc., que se aplicarán según corresponda al tipo de persona jurídica, y, en los estatutos y reglamentos internos de estas entidades. Cabe resaltar que ninguna de estas leyes especiales desarrolla el derecho desde el punto de vista constitucional.

1.4 FUNDAMENTOS

En esta parte se señalarán las razones que justifican la importancia de este derecho fundamental y el reconocimiento especial que recibe en el ordenamiento jurídico.

El derecho de asociación como derecho subjetivo de libertad se fundamenta en el principio de autonomía, en virtud del cual los particulares toman sus decisiones de acuerdo a su voluntad, debiendo el Estado abstenerse de intervenir. De aquí se derivan los derechos considerados prerrequisitos para la realización de los planes de vida. Por ende, será fundamento del derecho de asociación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 2 inciso 1 de la Constitución Política) y el derecho de participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (Art. 2 inc. 16 de la Constitución política).

Es fácil advertir que tanta libertad llevaría a la realización de conductas en nombre del derecho de asociación no aceptadas por los demás, el límite estaría en no causar daño a otro, ese otro puede ser otro asociado o la organización misma. Debe estar garantizado que la autonomía se ejerza sin que se cause daño a otro. Siguiendo a Nino, para que las personas tengan la oportunidad de asociarse con otros se requiere del respeto a la autonomía de las personas y la participación en el proceso colectivo de discusión y toma de decisiones, en una democracia liberal. La formación misma de la capacidad de elección de los planes por parte de los individuos requiere de una interacción física y asociacional con otros individuos, que provea los elementos intelectuales y materiales que constituyen esa capacidad. Para materializar la autonomía de las personas, la asociación debe

ser, en general, voluntaria. Esto implica libertad de ingreso y de egreso al ámbito de la comunidad asociativa. Señala también Nino, que es esta voluntariedad lo que permite hacer compatibles las aspiraciones de confraternidad con el ideario liberal, y lo que distingue el enfoque liberal de las asociaciones del punto de vista comunitario, que no pone igual énfasis en el carácter espontáneo de esas formas de interacción. Reconoce que la voluntariedad del ingreso y egreso a asociaciones presenta algunas dificultades que no pueden ser soslayadas. La voluntad de ingresar parece presuponer tanto la facultad de entrar como la de no entrar. Empero, manifiesta, que parece admisible limitar en muchos casos ese ingreso: hay asociaciones que requieren el *affectio societatis*, o una confianza mutua, o cualidades determinadas, o compartir ciertos fines comunes, que hacen absolutamente plausible la exclusión de algunos candidatos. En realidad el derecho de asociación tiene como contracara el derecho de no asociarse, lo que implica que los demás partícipes deben tener la facultad de excluir a candidatos indeseables. De modo que, en principio, el derecho de asociación incluye la facultad de ingreso, sujeta a la condición de aceptación por parte de los partícipes de la asociación. Esta facultad de exclusión de otros no es absoluta, por el tema de la igualdad y la discriminación, puesto que hay límites en la posibilidad de no confraternizar con otros, cuando ello coloca a esos otros en inferioridad de condiciones y cuando responde a diferenciaciones que no están explicitadas en los objetivos de la asociación (Nino 1992: 335-336).

Consideramos que si bien para Nino no existe el derecho de las entidades colectivas, porque privilegia al individuo, el derecho de asociación de la asociación misma estaría justificado en tanto es capaz de traducir la meta colectiva en los intereses individuales concretos.

Por su parte las asociaciones compulsivas, que representan una excepción al principio genérico de la autonomía personal, a la autodeterminación, se enmarcan, a decir de Nino en el paternalismo asociacional, pues “es a veces racional preferir

una intervención compulsiva en beneficio de nuestros intereses reales” (1992:337-338).

Pérez Royo da cuenta de que el Tribunal Constitucional Español en abundante jurisprudencia ha señalado *tres criterios mínimos y fundamentales* para determinar si una asociación de creación legal y adscripción obligatoria puede ser considerada constitucional: - En primer lugar, no puede quedar afectada la libertad de asociación en su sentido originario o positivo. La adscripción obligatoria a una entidad corporativa no puede ir acompañada de una prohibición o impedimento de asociarse libremente. - En segundo lugar, el recurso a esta forma de asociación no puede ser convertida en la regla sin alterar el sentido del Estado social y democrático de Derecho basado en el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE) y que encuentra en el libre desarrollo de la personalidad el fundamento de su orden político. - En tercer lugar, la adscripción obligatoria debe encontrar suficiente justificación ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo (2003:472-473).

En tal sentido, en las entidades asociativas compulsivas o de adscripción obligatoria el fundamento del sacrificio que sufre la autonomía personal se encuentra en los fines de interés público que desarrollan.

Como en todo derecho de libertad el principio de autonomía se interpreta conjuntamente con los principios de inviolabilidad y de dignidad.

El principio de inviolabilidad derivado de la autonomía sirve también para fundamentar el derecho de asociación, representa la igualdad de las personas y un freno para la autonomía. Por su parte, el principio de dignidad, que comprende valores de convivencia, como los de comprensión, tolerancia, respeto, compasión, nos ayudará a advertir los límites del derecho que estudiamos, pues aquí estaría

finalmente la fundamentación de todos los derechos fundamentales y por ende del derecho de asociación y del derecho de igualdad y a la no discriminación, principio reconocido en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú⁹.

Por ser un derecho subjetivo, la libertad de asociación exige que el Estado se abstenga de intervenir en su ejercicio, sin embargo, esta libertad debe ser interpretada en conjunto con el principio de inviolabilidad para no ocasionar discriminaciones y con el principio de dignidad humana, pues en virtud de este principio surge un deber positivo del Estado de realizar acciones para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana en un Estado Constitucional y Social de Derecho¹⁰.

1.5 CONTENIDO DEL DERECHO

La delimitación del contenido del derecho de asociación impone definir los alcances, contornos y límites del derecho, estos se consideran no sólo con relación a los que surgen del propio derecho sino también en atención a otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, desde una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución.

Para delimitar los alcances y los límites del derecho de asociación debemos establecer su contenido constitucional. Dentro de la teoría institucional encontramos el concepto de contenido esencial como límite último al papel del legislador. Vale decir que la ley que desarrolla el derecho de asociación debe respetar el contenido esencial del derecho. Nuestra Constitución no recoge este concepto, como sí ocurre en Alemania y España, sin embargo el Tribunal Constitucional peruano lo ha reconocido. Este es un concepto bastante

⁹ Constitución Política del Perú, artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

¹⁰ T-881/02. La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado extensamente este deber de protección en la configuración del principio de dignidad.

controvertido, porque tal parece que estará en manos del legislador o por último el juez, según el caso que tenga que tratar, sus precisiones y limitaciones.

Sobre el tema, Abad Yupanqui sostiene: “no es posible trasladar automáticamente la figura del “contenido esencial” para indicar que es sinónimo del “contenido constitucionalmente protegido” de un derecho”. Ofrece dos razones centrales: a) en primer lugar, una explicación histórica, la tesis del contenido esencial surge en Alemania como una reacción destinada a evitar excesos cometidos contra los derechos fundamentales por parte del legislador. b) En segundo lugar, se trata de un límite o garantía frente al legislador. Desde esa perspectiva manifiesta respecto del amparo, que siendo éste instrumento no solo de defensa frente al legislador, sino que también procede contra actos de particulares, actos administrativos y jurisdiccionales, no resulta coherente trasladar la tesis del contenido esencial al proceso de amparo para indicar que ese será el contenido constitucionalmente protegido de un derecho (2008: 119-121).

Propone el mismo autor, buscar el sentido del contenido constitucionalmente protegido en otros terrenos, delimitando los alcances del derecho fundamental, se sirve de la expresión *delimitar*, aportada por Javier Jiménez Campo, para englobar todas las acciones públicas que contribuyan a definir los contornos generales y objetivos de un derecho; es decir, el intérprete debe definir en qué consiste el derecho fundamental alegado y lo que no forma parte de aquel. Esto implica determinar los sujetos del mismo, las facultades o prestaciones que involucra. Para ello, resulta indispensable acudir a lo dispuesto por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los precedentes y la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional. Señala, que la doctrina española mayoritaria ha optado hoy por entender que el contenido esencial de un derecho fundamental, es su titularidad, objeto, contenido y límites tal y como lo define en abstracto la norma *iusfundamental*. Termina señalando que en la STC del Exp. 4677-2004-PA/TC F.J. 15, el Tribunal Constitucional delimitó el contenido

constitucionalmente protegido del derecho de reunión, apropiadamente, señalando sus elementos fundamentales (subjetivo, temporal, finalista, real o espacial y eficacia inmediata) sin acudir a la tesis del contenido esencial (2008: 122-123).

Respecto del derecho de asociación, hemos podido apreciar que en la STC Exp. 03071-2009-PA/TC¹¹ el Tribunal ha seguido la pauta de desarrollar los elementos del derecho de asociación reconocido en el artículo 2 inciso 13 de la Constitución Política peruana, señalando:

1. La titularidad es individual; su ejercicio efectivo, fundamentalmente es colectivo.
2. Es un derecho que implica la libertad de integración (libertad de asociarse en sentido estricto), la facultad de no aceptar compulsivamente dicha situación (libertad de no asociarse) o, simplemente, de renunciar en cualquier momento a ella, pese a haberla aceptado en algún momento o circunstancia (libertad de desvincularse asociativamente).
3. El derecho de asociación no requiere ningún tipo de autorización administrativa a los efectos de configurarse como tal. No es lo mismo ejercer el derecho de asociación (para lo cual no se requiere autorización) que realizar determinado tipo de actividades (lo que, en ciertos casos, sí supone autorización de por medio).
4. La facultad asociativa es un derecho que supone una concretización de cierta permanencia o continuidad en el tiempo.
5. En lo que concierne al propósito por el cual se estructura, el derecho de asociación no se condiciona a objetivo o variable particular alguna.

Compartimos el punto de vista del Abad Yupanqui, y ello es lo que pretendemos en el presente trabajo: “delimitar el derecho de asociación” en el sentido por él propuesto, para luego aplicar lo definido a los casos concretos.

Como hemos venido planteando hasta el momento, el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de asociación, desde la

¹¹ Véase también la STC Exp. 9149-2006-PA/TC del 9/1/2007.

perspectiva de su reconocimiento constitucional en el artículo 2 inciso 13 de la Constitución Política peruana, viene configurado por una serie de elementos:

- Es subjetivo: tiene doble titularidad, individual y colectiva, por ende se le reconoce un haz de facultades;
- Se ejerce en diversas formas de organización jurídica;
- Es permanente. Se desarrolla con la vocación de estable en el tiempo;
- Es de configuración legal. Se ejerce con arreglo a ley;
- Es de eficacia inmediata. No requiere de autorización previa para ejercerlo; y,
- No admite intervención administrativa. Ésta es incompatible con el derecho de asociación.

De ese modo, el contenido se integra por las *notas características del mismo* en estrecha vinculación con la dignidad de la persona humana, que es, por naturaleza, el titular de este derecho. Esta dignidad que, a pesar de tener una titularidad individual, remite indudablemente, a la socialidad ínsita en todo ser humano, se erige en el fundamento necesario y último de los derechos humanos (Martín Huertas 2009: 125).

De lo planteado, se advierte que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación, la inscripción de los actos de la organización jurídica en el Registro de Personas Jurídicas, conforme se señaló en la STC Exp. N° 02939-2008-AA, aunque se reconoce que sí se encuentra relacionada con el derecho fundamental a la libertad de asociación, por lo que será susceptible de protección a través de un proceso ordinario por tratarse de un asunto de mera

legalidad. En otra STC Exp. 03136-2010 se ha declarado improcedente una pretensión similar, por no incidir en el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Sin embargo, extrañamente en la STC Exp. 03174-2012-PA/TC, no obstante que las instancias inferiores habían declarado improcedente la demanda por la misma razón, incluso se trataba de la misma persona jurídica, concluye que la demanda debe admitirse, porque el acto lesivo está relacionado con una resolución de los Registros Públicos y el estatuto, por lo que para el Tribunal hay margen para el debate y discusión.

En opinión de Prieto Sanchís, el verdadero problema que presenta el concepto de contenido esencial, es que es un “concepto impredecible”, en el sentido que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y que en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión (2002: 58-59). Pietro Sanchís propone que en la teoría de los derechos fundamentales más reciente, el aspecto clave de la actividad limitadora, ya no parece ser el respeto al contenido esencial, y mucho menos identificado éste como núcleo de intangibilidad, sino más bien la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva. Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo. El método de la ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, en abstracto todos ellos tienen el mismo peso. Por eso la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Señala, que cree que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Español) confirma esta comprensión

de la técnica ponderativa como forma de encararse el problema de la limitación de los derechos fundamentales (2002: 62-64).

No estamos de acuerdo con la postura de dicho autor cuando señala, que el concepto de contenido esencial es mínimamente útil por ser impredecible, ya que siempre será útil identificar ciertas facultades de acción que el derecho atribuye a su titular, reveladas a través de los casos concretos que van permitiendo su definición, las cuales si bien no serán absolutos serán orientadores para identificar si otros casos que se presentan y no llegan a los tribunales están siendo resueltos adecuadamente por los particulares, sirve además esta identificación para especificar las obligaciones que corresponde a los poderes públicos cuando existen vulneraciones de derechos fundamentales. Sí estamos de acuerdo cuando señala que es más importante hoy en día la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva, que identificar el contenido esencial de un derecho, porque evidentemente es mucho más importante aquello para resolver los casos concretos, mientras que el concepto de contenido esencial ofrece fundamentalmente lineamientos que deben seguir los poderes públicos.

Cometeríamos un error si seguimos considerando que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene un carácter cerrado y que puede determinarse a priori, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario, el contenido constitucional de los derechos posee un carácter más bien abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho fundamental que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un Estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos si de manera abstracta el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, pétreo, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados (Hakansson Nieto 2009:433).

Es interesante también considerar como lo hacen Martínez-Pujalte y De Domingo que el contenido esencial de los derechos fundamentales equivale “el contenido de los derechos constitucionalmente declarado, que debe ser delimitado por el intérprete a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión de los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a que obedece su protección” Agregan, que la protección del contenido de los derechos permite, por lo demás, abordar adecuadamente la distinción entre dos conceptos que con frecuencia son empleados de modo impreciso por la doctrina y la jurisprudencia: “límites” y “restricciones” de los derechos fundamentales (2010: 72).

Podemos advertir entonces, que el contenido esencial resulta ser impreciso, y dependiendo del caso concreto se van haciendo las precisiones necesarias, sin embargo, es un concepto útil. Un único contenido esencial no nos servirá de manera definitivamente para conocer los alcances y límites del derecho de asociación, pues la ponderación que se realiza a los casos que se presentan no ofrece una solución general aplicable a varios supuestos prácticos. Dependerá entonces, de la labor argumentativa que se haga al conocer el caso concreto, sin perjuicio de partir de la consideración de aquellos aspectos del contenido esencial del derecho de asociación, que ya han sido reiterados por el Tribunal Constitucional peruano.

Ahora bien, para apreciar la utilidad del concepto de contenido constitucional de un derecho fundamental, abordamos esta materia de la teoría general de los derechos fundamentales, con referencias a un derecho concreto, como el de asociación, recurriendo a la metodología que nos ofrece el profesor Castillo Córdova, metodología que adoptamos porque ayuda al enfoque funcional que se pretende en el presente trabajo. El profesor advierte, que para el estudio del contenido constitucional de un derecho fundamental, hay que hacer referencia al menos a los siguientes aspectos:

1. A la finalidad: La finalidad por la que un derecho existe (y ha sido reconocido y garantizado en la norma fundamental) será precisamente la consecución del bien humano que subyace en cada derecho.
2. A la garantía del llamado contenido esencial de los derechos fundamentales. Muy vinculada a la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales.
3. A la técnica de ponderación como herramienta para definir en cada caso concreto el alcance del contenido de un derecho fundamental (2006: 13)

Para tratar estos temas, seguiremos las indicaciones del profesor Castillo Córdova desarrolladas con relación a la libertad de expresión e información aplicándolas al derecho de asociación, pues señala, estos mismos criterios de hermenéutica constitucional podrán ser empleados con referencia a otros derechos fundamentales, y a otros bienes jurídico constitucionales, con carácter general afirma que no forma parte del contenido constitucional de ningún derecho fundamental la facultad de agredir (amenazar o vulnerar efectivamente) otro derecho fundamental o cualquier bien jurídico constitucional (2006: 25).

Siguiendo al autor (2006: 17-22) se pasará a formular aquellos criterios o pautas generales que permitan en cada caso concreto definir el contenido constitucional del derecho de asociación: Criterios normativos y criterios extranormativos, según provengan de la norma constitucional o no.

Criterios normativos: - El dispositivo constitucional que recoge el derecho cuyo contenido se intenta determinar: Artículo 2 inciso 13 de la Constitución Política del Perú, norma constitucional que otorga a sus titulares una serie de facultades de acción, tanto desde su ejercicio individual como desde su ejercicio colectivo, los

cuales serán precisados en el presente trabajo. - Los demás dispositivos constitucionales relacionados con este derecho, en virtud del principio de unidad y sistematicidad de la Constitución que debe ser respetado en un Estado Democrático y Social de Derecho: Para el caso del derecho de asociación significará tomar en consideración, entre otros dispositivos, el artículo 1 de la Constitución, en el que se reconoce el principio de dignidad humana y el artículo 2 inciso 2 que reconoce el derecho de igualdad ante la ley. Esto significa que no podrá formar parte del contenido constitucional del derecho de asociación aquellas pretensiones dentro del grupo asociativo que vulneren la dignidad del asociado o el derecho a la igualdad o a la no discriminación. - Finalmente, las normas internacionales vinculantes sobre la materia, a las que nos remiten la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Constitucional, las cuales serán precisadas más adelante.

Concretamente, respecto a la garantía del llamado *contenido esencial de los derechos fundamentales*, será definido, siguiendo a Castillo Córdova, determinando el ser del derecho de asociación en función de un concreto ordenamiento jurídico constitucional. Recogiendo la doctrina expresada en la sentencia del Tribunal Constitucional español STC 11/1981 f. j. 8, subraya que el contenido esencial o contenido constitucional de un derecho fundamental es un solo contenido, que no tiende a expandirse ilimitada y desbocadamente, sino que es un contenido limitado y dirigido a la consecución del bien humano que representa, pero cuyos contornos y fronteras internas o inmanentes se van definiendo siempre en función de las específicas circunstancias de los casos concretos. El contenido constitucional del derecho de asociación tendrá desde esta perspectiva un único contenido pero una doble dimensión, como ya tuvimos oportunidad de acotar, la dimensión individual o de libertad del derecho de asociación, estará conformada por una serie de facultades de acción que el derecho atribuye a su titular; y la dimensión social o prestacional conformada por un conjunto de obligaciones predicadas del Poder público en su afán de favorecer la plena vigencia del derecho fundamental (2006: 14). El Estado tiene obligaciones

positivas de carácter general y especial respecto del derecho de asociación, nos interesa destacarlas frente a las vulneraciones de derechos que comenten los directivos de los grupos asociativos. Las facultades de acción que el derecho de asociación atribuye a su titular y las obligaciones del Estado respecto de este derecho, son temas trascendentales en el presente trabajo.

Criterios extranormativos: - Elemento teleológico. Determinar la finalidad por la que es reconocido y garantizado el derecho. Aplicándolo al derecho de asociación nos preguntamos ¿cuál podrá ser el bien humano que se intenta lograr a través del reconocimiento y garantía del derecho de asociación? La respuesta a esta pregunta debe empezar advirtiendo que la persona humana experimenta la necesidad de compartir su individualidad en su coexistencia con otro u otros. En este compartir, en este abrirse a los demás, el hombre encuentra un modo de perfeccionamiento. Al advertir esta exigencia, se ha de reconocer como un bien humano la existencia de un ámbito de libertad en el cual la persona desarrolle su personalidad transmitiendo sus pensamientos, ideas, sentimientos, su experiencia de vida y sus intereses particulares. Si se desconoce este espacio de libertad se está truncando el perfeccionamiento y desarrollo del hombre. De otro lado, se ha de reconocer también que la persona humana no existe aisladamente sino que existe en grupos humanos organizados. En toda comunidad humana existen asuntos que interesan a unos grupos. El individuo no solo tiene la posibilidad sino también el derecho de participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (inciso 17 del artículo 2 de la Constitución peruana). Por lo que se puede reconocer como bien humano la existencia de un ámbito de libertad que permita la participación en grupos asociativos de diversa índole: social, cultural, política, económica, sindical, religiosa. Por tanto, el bien humano que se encuentra detrás del reconocimiento y garantías del derecho de asociación tiene una dimensión individual, y otra colectiva. La finalidad por la que existe el derecho de asociación (y ha sido reconocido y garantizado en la Constitución peruana) será precisamente la protección de los dos ámbitos de libertad, la primera es un espacio libre de

desarrollo personal, y la segunda un espacio libre de participación en sociedad, sin interferencia del Estado. Consecuencia necesaria de advertir esta dimensión colectiva del bien humano que subyace al derecho de asociación, es que no podría formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación, hechos concernientes a intereses personales en los que no prime este interés colectivo. Así, las afectaciones al ejercicio normal del derecho de asociación al interior del grupo asociativo por parte de los directivos hacen impracticable el derecho, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.¹²

- Elemento fáctico. La determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental, si bien puede contar con algunos criterios formulados de manera general, no es sino en las circunstancias del caso concreto en el que queda plenamente definido. Las circunstancias definen los contornos o límites internos del derecho. En la definición de los límites, es decir, en la definición del contenido o alcance constitucional de un derecho fundamental, juega un papel de primer orden la técnica ponderativa (Castillo Córdova 2006: 22-23). Los límites (inmanentes o internos) del derecho de asociación serán precisados cuando se analicen las circunstancias de los casos concretos.

Con relación a *la técnica de la ponderación* como herramienta para definir en cada caso concreto el alcance del contenido de un derecho fundamental, Castillo Córdova precisa que el contenido constitucional de un derecho fundamental se define según las concretas circunstancias: No es posible definir de manera general (y abstracta), acabada y válida para siempre el contenido constitucional de un

¹² Castillo Córdova hace referencia que el Tribunal Constitucional español ha recurrido a los *intereses jurídicos protegidos* por un derecho fundamental en la labor de determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental. Conforme a ello, se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Cita la STC 11/1981 de 8 de abril, F. J. 8 (2006: 14).

derecho fundamental. El alcance de un derecho fundamental solo puede definirse dentro de las circunstancias de un caso concreto en el cual haya sido invocado. Esto no significa que no sea posible plantear algunos criterios generales de definición del contenido constitucional. Resulta necesario establecer algunos parámetros que dirijan la concreta actividad hermenéutica encaminada a delimitar los contornos de un derecho fundamental. Normalmente un asunto que involucra derechos fundamentales es resuelto cuando se logra establecer si una determinada prestación cae dentro (o forma parte) del contenido constitucional del derecho fundamental que fue invocado como sustento, si en las circunstancias concretas del caso una determinada pretensión tiene o no cobertura constitucional (2006: 14-15). Por ello, será importante verificar si los casos concretos que se plantean forman parte del ámbito de protección constitucional del derecho. Con relación al juicio ponderativo que define el alcance de un derecho en un caso concreto, el autor señala que este juicio ponderativo consiste en la determinación de si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental. Se trata de ponderar circunstancias, no derechos y, ponderándolas, establecer el concreto alcance del contenido del derecho fundamental, y definir si se le da o no cobertura constitucional a una determinada pretensión. Así lo exige tanto el principio de normativa como el principio de unidad de la Constitución. El juicio ponderativo sirve para definir en cada caso concreto el contenido constitucional de un derecho fundamental, es decir, cuál de las dos pretensiones invocadas en el caso debe recibir cobertura constitucional por ser producto del ejercicio regular del contenido constitucional del derecho fundamental (2006: 15-16). Castillo Córdova propone una visión armonizadora de todos los derechos fundamentales, sustentada en la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Conforme a ello, si el ámbito de libertad del derecho de asociación que ejerce el miembro del grupo asociativo colisiona con el ámbito de libertad del derecho de asociación que ejerce el grupo asociativo, el juicio ponderativo definirá cuál de las

dos pretensiones invocadas debe recibir cobertura constitucional, por ser producto del ejercicio regular del contenido constitucional del derecho de asociación.

Ahora bien, respecto de las *facultades de acción* que el derecho de asociación atribuye a su titular o prestaciones que involucra este derecho, existe consenso en cuanto a dos de ellas: la libertad positiva para crear y adherirse a asociaciones ya constituidas y la libertad negativa de no adherirse o dejar de pertenecer a una asociación, menos reconocimiento explícito merece la libertad a autoorganización y, la dimensión *interprivatos* ha sido añadida por el Tribunal Constitucional español (Martín Huertas 2009: 125). Según la misma autora, en cada uno de estos aspectos se hallan integrados varios derechos que pueden dar lugar a la expresión utilizada por algunos autores, de “*los derechos del derecho de asociación*”, lo que denota la riqueza de la estructura interna de este derecho (2009: 439).

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha venido delimitación el derecho de asociación, definiendo los elementos de su contenido esencial. En la STC Exp. N° 02939-2008-AA¹³, haciendo referencia a la STC Exp. N° 4241-2004-AA/TC, señala que el contenido esencial del derecho de asociación está constituido por:

- a) El derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas;

¹³ En esta sentencia se consideró que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación, la pretensión de que se ordene al registrador público la inscripción de un acuerdo de elección de representantes de una comunidad campesina, aunque reconoce que sí se encuentra relacionada con el derecho fundamental a la libertad de asociación, por lo que lo peticionado no es susceptible de protección a través del proceso de amparo incoado, sino en un proceso ordinario por tratarse de un asunto de mera legalidad.

- b) El derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y
- c) La facultad de autoorganización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización. Asimismo, tal como fuera advertido en la STC N° 09332-2006-PA/TC, dicha autoregulación “no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales.”

En la STC Exp. 01417-2007-PA/TC se expone el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical¹⁴. Cabe destacar, según la sentencia, F. J. 4, que ello no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho se agote en los

¹⁴ En los fundamentos jurídicos se señalan los elementos del contenido esencial de este derecho de asociación en su vertiente sindical:

“4. El Tribunal Constitucional en la STC N.º 1124-2001-AA/TC ha señalado que el derecho constitucional de libertad sindical, “tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y [que] tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga” (...).”

5. Siguiendo el criterio antes esbozado cabe precisar que además de los dos aspectos antes mencionados, que forman parte del contenido esencial del derecho constitucional de la libertad sindical, debe tenerse en cuenta toda garantía que permita a una organización sindical el libre ejercicio de sus actividades para la defensa, promoción y protección de los intereses de sus afiliados. Al respecto este Tribunal en la STC N.º 1469-2002-AA/TC, ha señalado que “(...) el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indispensable, deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla con los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical”.

6. Asimismo, a criterio de este Tribunal el derecho a la libertad sindical también tiene como contenido el derecho del trabajador sindicalizado a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en sus derechos fundamentales, como puede ser la diferencia de trato carente de toda justificación objetiva y razonable entre trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados.”

aspectos relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva*.

Abad Yupanqui considera que ciertos abogados han tratado de ampliar los alcances de un derecho para comprender dentro de él supuestos que exceden su contenido. Cita a Eguiguren Praeli, quien menciona como uno de los ejemplos, la extensión indebida de la libertad de asociación para comprender la resolución de conflictos internos entre sus miembros. Para evitar ello, algunos han propuesto que se establezca una relación taxativa de los derechos protegidos por el proceso de amparo. Abad, en cambio, señala que resulta imprescindible determinar que se trata de un derecho con sustento constitucional directo y efectuar un adecuado ejercicio de interpretación constitucional para evitar la “inflación” de derechos e impedir que se abra la puerta al amparo en casos en que no corresponde (2008: 116-117).

Si bien es cierto, han estado llegando al Tribunal Constitucional peruano casos en los que se pretende que se solucionen conflictos internos entre los miembros de las asociaciones, lo que ha contribuido a la llamada “inflación” de casos ante dicha sede, algunos de estos sí daban mérito para que el Tribunal Constitucional se pronuncie por tratarse de vulneraciones al derecho de asociación, más aún cuando no existen pautas judiciales de protección del derecho de asociación.

Pérez Royo, da cuenta, que el Tribunal Constitucional español, en el recurso de inconstitucionalidad contra la LO 7/1985 que declaró inconstitucional el artículo 8.2, en la medida que contemplaba la suspensión gubernativa de asociaciones constituidas por extranjeros (2003, 470). De la revisión de la sentencia 115/1987, en el F. J. 3 se concluye, que no cabe duda que el artículo 8.2 de la Ley Orgánica

7/1985 establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el artículo 22.4 de la Constitución también para los extranjeros, por ello se admite la inconstitucionalidad de dicha norma. Se consideró que el legislador no podía configurar libremente el contenido del derecho, sino que debía someterse a los mandatos constitucionales. Más que tratar ese aspecto como parte del contenido esencial, el Tribunal Constitucional español lo trató como un incumplimiento de un mandato constitucional.

En sentencias posteriores, STC 96/94 del 6 de marzo F. J. 3, STC 173/1998 de 23 de julio F.J. 8, STC 104/1999 de 14 de junio F. J. 4, STC 133/2006 de 27 de abril F. J. 3 y STC 12/2008 de enero de 2008 del Tribunal Constitucional español, se destacan las siguientes facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación:

- libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas;
- libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, con las excepciones de las administraciones corporativas. Estas son organizaciones privadas de interés público, como los colegios profesionales;
- libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, y libertad de cláusulas estatutarias con el límite de la no violación de derechos fundamentales; y,
- Se agrega una cuarta, la dimensión *interprivatos*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse.

Como ya señalamos, existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia respecto a las dos primeras facultades de acción: La libertad de asociarse (libertad positiva) y

la libertad de no asociarse o de renunciar (libertad negativa), las mismas que recaen en el individuo. Nos interesa en esta oportunidad destacar la última dimensión, la misma que se encuentra muy ligada a la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; ésta es una libertad que le corresponde al ente colectivo y la dimensión *interprivatos* le corresponde al individuo. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que forman parte del contenido esencial las primeras tres facetas, la garantía de los asociados frente a las asociaciones u organizaciones, no ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano. Si bien se ha pronunciado en caso de conflictos internos, esto lo ha ligado a otros derechos, como a la libertad de expresión, al derecho al debido proceso, al derecho de defensa, pero no como una garantía propia del derecho de asociación, consistente en que los asociados tienen el derecho de ejercerlo libremente al interior de la organización sin sufrir vulneraciones de su derecho por parte de los dirigentes de la organización. Consideramos importante esta faceta para resolver desde la perspectiva constitucional conflictos relevantes internos.

Como ya indicamos, en cada una de las facultades de acción del derecho de asociación se encuentran integrados varios derechos.

La libertad de asociarse, incluye el derecho a constituir una asociación como a integrarse o afiliarse a asociaciones existentes. Esto involucra como contrapartida el derecho de no ser negada la afiliación por motivos arbitrarios o discriminatorios y el derecho a no ser excluido de la asociación de la que se es miembro, sin una base razonable y de acuerdo con un procedimiento que garantice el indispensable derecho a la defensa. Podría establecerse en el estatuto de una organización asociativa una legítima discriminación que no vulnere la dignidad humana del postulante a socio, salvo que la situación de dominio de la asociación de la que se trate fuera de tal magnitud que supiera un óbice total al ejercicio del derecho de asociación de la persona, bien en su vertiente de creación, bien en su vertiente de afiliación. Ante una petición de ingreso, se ha de respetar el contenido esencial del

derecho de asociación del solicitante (libertad positiva de pertenecer a una asociación y de no verse negada la entrada en ella por motivos ilegítimamente discriminatorios), el contenido esencial del derecho de asociación de los socios ya miembros de dicho ente (libertad negativa de no asociarse con el peticionario) y el contenido esencial de la libertad de asociación del propio ente, que se manifiesta de modo particular en su libertad de autoorganización expresada a través de los estatutos, que puedan encerrar un legítimo espíritu discriminatorio (Martín Huertas 2009: 231, 232 y 239-240).

La libertad de no asociarse significa que nadie puede ser obligado a crear asociaciones o a ingresar a una asociación en contra su voluntad, sin que pueda desconocerse la exigencia de la afiliación obligatoria en ciertas entidades, la cual como ya dijimos tiene su justificación en el interés público. Asimismo, dentro de esta dimensión negativa aparece la libertad de desvincularse de la asociación.

Pasaremos al estudio de las facultades de acción que otorga el derecho de asociación que nos interesan destacar en este trabajo para cumplir con el objetivo de la investigación, esto es, la libertad de autoorganización de las organizaciones asociativas y, su relación con las facultades de los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse, esto es la dimensión *interprivatos*.

1.5.1 LIBERTAD DE AUTOORGANIZACIÓN

La libertad de autoorganización es una de las facetas del contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación. Forma parte del reconocimiento constitucional del derecho fundamental de asociación, aunque no lo expresa el artículo 2 inciso 13 de la Constitución peruana, lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional peruano; asimismo, los instrumentos internacionales, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y

el Convenio 87 de la OIT, reconocen el derecho de autoorganizarse a los sindicatos.

Esta es una libertad que le corresponde al ente colectivo. Gómez Montoro citado por Martín Huertas precisa que el derecho de autoorganización es en primer término un derecho de las personas que deciden asociarse, y se convierte en derecho de la asociación una vez creada (Martín Huertas 2009: 325).

Según esta misma autora, esta dimensión esencial del derecho de asociación se desgrana básicamente en dos libertades específicas:

- Por un lado, la libertad de configuración y organización, principalmente, a través de la elección y adopción de las normas estatutarias, en virtud de la autonomía de la asociación en la elección de la organización interna.
- Por otro lado, el derecho de ejercer las funciones y actividades adecuadas para la consecución de sus fines sin injerencia de ningún tipo. Se ha manifestado, de un modo especial, en los supuestos de suspensión o disolución de las asociaciones, o bien con motivo de las medidas de fomento implementadas por los poderes públicos (2009: 326-328).

Según Mendoza Escalante la manifestación principal de la potestad de autoorganización son los estatutos, no son actos individuales o concretos, sino normas aunque emitidas por particulares que, también, han de estar vinculadas a los derechos fundamentales, se trata aquí de los estatutos y reglamentos que expiden asociaciones de todo tipo, sindicatos, clubes, entre otros, cuyas disposiciones pueden eventualmente ser contrarias a derechos fundamentales, por ejemplo, disposiciones sobre procedimiento disciplinario que sean contrarias a las garantías del debido proceso (2005: 271). Los estatutos deben cumplir con el principio de legalidad en cuya virtud deben adecuarse a la Constitución y a la ley.

La libertad de autoorganización se basa en la autonomía y por ende se desarrolla sin injerencias públicas. Sin embargo, como es de verse en la STC del Tribunal Constitucional español 173/1998, FJ 8, la libertad autoorganizativa de las asociaciones ha de ceder o, por lo menos, ponderarse ante el derecho de los asociados a participar en la vida de la asociación, derecho que difícilmente se podría realizar sin la existencia de unas reglas mínimas de democracia y pluralismo internos. Este derecho nos remite a la cuarta vertiente esencial del derecho de asociación, que es la dimensión *interprivatos* (Martín Huertas 2009: 356). Conforme a la STC 217/1988, en la actividad de las asociaciones no hay zonas exentas de control judicial, pero este control no puede afectar a su derecho de autoorganización, limitándose únicamente a comprobar la razonabilidad de las decisiones de los órganos asociativos, entre las que se encuentra la plasmación de los estatutos (Martín Huertas 2009: 397).

En tal sentido, frente al derecho de los grupos asociativos de organizarse libremente de acuerdo a sus intereses, está el derecho de los asociados a participar en la organización y funcionamiento del ente asociativo; el derecho colectivo frente al derecho individual, ambos derechos deben conciliar y en un conflicto deben ponderarse.

La exclusión de la injerencia de los poderes públicos en la vida interna asociativa se torna especialmente acuciante cuando ocurren conflictos endoasociativos en los que son los propios asociados los que reclaman la intervención judicial. Supuestos paradigmáticos de estas situaciones son el caso de expulsión, así como el establecimiento de cualquier medida sancionatoria. La Labor judicial ha de atender exclusivamente a los criterios de razonabilidad y cumplimiento estatutario en la toma de decisiones del pertinente órgano asociativo (Martín Huertas 2009: 438). Vale decir, “el mínimo de protección de la dignidad humana exigido por la Constitución obliga a los poderes públicos a impedir sólo las exclusiones que signifiquen una afrenta para la dignidad del excluido.” (Alfaro Águila-Real 1993: 115).

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la facultad de autoorganización de los grupos asociativos para fines de su administración no es absoluta, pudiendo regularse por el Estado, cuando son grupos que tienen interés público. Como es el caso de las asociaciones de usuarios de agua, las que pueden ser organizadas a través de reglamento por decreto supremo (Sentencia de la Sala Constitucional y Social Permanente Exp. N° 002445-2009 – Corte Superior de Lima).

La cuestión nuclear que se suscita en torno a la libertad de autoorganización en España estriba en la exigencia de *un principio democrático* de estructura y funcionamiento de la asociación. El tema del principio democrático en las asociaciones ha sido muy discutido en España desde que la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación lo introdujo para ser aplicable en todo tipo de asociaciones.

Al respecto, Martín Huertas manifiesta, que en una primera lectura, dicha obligación choca frontalmente con el contenido esencial al constituir una onerosa intervención en el mismo. Hay que reconocer que los derechos de todos los asociados han de tener como contenido mínimo la participación en todos los asuntos principales de la vida asociativa, pudiendo quedar relegadas fuera de este campo las cuestiones de menor entidad para facilitar la buena marcha de la asociación. Aun así, cabe la posibilidad de que los asociados, en el uso de la autonomía de la voluntad y dentro de unos límites marcados por su propia dignidad, renuncien a algunos de estos derechos. La autora concluye señalando que, el criterio democrático no resulta adaptable al ámbito privado, a diferencia de lo que ocurre en la esfera pública (partidos políticos, sindicatos, entre otros). En aquél ámbito rige el principio de la autonomía de la voluntad, que encuentra sus justos límites en la ley, la moral y el orden público. (Martín Huertas 2009: 436-438).

Por su parte, el reconocimiento de los derechos de los asociados a participar en la vida de la asociación ha de incluir, al menos: - la participación en la asamblea general y el derecho a la información sobre determinados asuntos. - la necesidad de que las decisiones fundamentales (por ejemplo, la adopción y reforma de los estatutos, la integración en federaciones, confederaciones o uniones internacionales, la aprobación anual de las cuentas o la suspensión o la disolución) hayan de ser acordadas por la asamblea general de los asociados, mediante voto libre y secreto. Todo lo que esté fuera de dichas reglas mínimas de democracia interna queda regulado por los estatutos, de modo que cabe la posibilidad de prever distintas categorías de asociados, de utilizar criterios de antigüedad para condicionar la elección de los órganos de dirección o, incluso, de establecer cargos permanentes o rotatorios, y de instaurar votos de calidad, ponderado o por delegación o cuestiones similares (Martín Huertas 2009: 357).

Pérez Royo por su parte, refiere, con relación al derecho español, que el único límite que el legislador añade expresamente es la exigencia de que “la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo” según el artículo 2.5 de la Ley orgánica del referido derecho constitucional, LO 1/2002, extendiendo de esta manera a todas las asociaciones la previsión contemplada en el art. 6 de la Constitución española, para los partidos políticos exclusivamente. Señala, que el legislador ha condicionado lo que la jurisprudencia constitucional venía denominando “derecho de autoorganización” de los miembros de una asociación, ya que el principio democrático tiene que estar presente tanto en el momento de la constitución de la asociación como en el de su funcionamiento una vez constituida. En efecto, manifiesta, el legislador exige como contenido obligatorio de los estatutos de la asociación la fijación de los “criterios que garanticen el funcionamiento democrático de la asociación”, previsto en el artículo 7.1.g) LO 1/2002. Considera, que no entiende muy bien el porqué de la extensión de esta exigencia de los partidos políticos a las asociaciones en general, que ni concurren a la formación y manifestación de la voluntad general ni son instrumentos

fundamentales para la participación política, pero, en todo caso, dice, es claro que con tal exigencia se potencia el control judicial de la actividad de la asociación (2003: 464).

En contraposición, Salvador Coderch considera, que no es dable exigir que todas las asociaciones, absolutamente todas se articulen de forma democrática, considera que es un dislate, pues la pretensión de totalidad pervierte el sentido de la democracia, que, según su postura, no es sólo gobierno de la mayoría, sino también respeto a las minorías y, a la postre, a la libertad individual de los ciudadanos, comprendida naturalmente la de asociarse y organizarse a su gusto, pero no al de la mayoría. Señala como razón de que la democracia y sus reglas no siempre coinciden con la libertad y las suyas. Así, plantea que cualquier asociación de mujeres excluye por definición a media humanidad, una asociación de maestros cocineros puede negar el derecho de votar en junta a aquellos de sus miembros que sólo reúnen la condición de aprendices, de la misma manera, una asociación juvenil puede hacer lo propio con sus socios ya únicamente honorarios porque son mayores de veinticinco años, decisiones todas ellas que para nada podría soportar un parlamento que delibera sobre la modificación de la ley electoral (1997: 14-16).

Aclara la situación, la Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 135/2006 en la que se declara la inconstitucionalidad de los arts. 2.2 y 8.3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997 de asociaciones, que se referían a la exigencia de que la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones sean democráticos, con pleno respeto al pluralismo y que en todo caso debe garantizarse la participación de todos en la adopción de acuerdos. El art. 2.5 de la Ley Estatal LO 1/2002 contiene una exigencia análoga, pero el TC recuerda que el art. 22 CE no contiene para las asociaciones en general una exigencia constitucional de funcionamiento democrático, que sí se establece en cambio para singulares tipos de asociación, tales como partidos políticos, asociaciones empresariales, sindicatos, colegios y organizaciones profesionales (arts. 6, 7, 36 y

52 CE); dicha ley ha de interpretarse constitucionalmente; fuera de los casos exceptuados prevalece el principio de autonomía en la organización interna, que podría incluso establecer organizaciones de carácter no democrático.

Será razonable entonces que el principio democrático exista en los partidos políticos, los sindicatos y los colegios profesionales, por la trascendencia y relevancia que tienen en la sociedad. Por previsión legal, también será razonable que el principio democrático se exija, con justificación constitucional suficiente, en organizaciones concretas. Sin embargo, el principio democrático no necesariamente debe presentarse en las organizaciones asociativas ordinarias, en donde prevalece el principio de autonomía, que podría incluso establecer organizaciones de carácter no democrático, siempre dentro de los límites de la dignidad humana.

1.5.2 LA DIMENSIÓN *INTERPRIVATOS*

Esta es una faceta del contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación que se relaciona con la facultad de autoorganización, porque es su contraparte, al comprender la dimensión *interprivatos* los derechos de los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a los particulares frente a las asociaciones a las que pretenden incorporarse.

Esta dimensión no ha sido tratada por el Tribunal Constitucional peruano, sino por el Tribunal Constitucional español (introducida primero para los partidos políticos en la STC 56/1995 de 6 de marzo y luego para todas las asociaciones englobadas en el artículo 22 de la Constitución española en la STC 173/1998 de 23 de julio); sin embargo, como es un aspecto vinculado a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y, éste tema sí ha sido aceptado de manera pacífica por el órgano constitucional peruano, puede plantearse válidamente como una dimensión reconocida pero no desarrollada.

En virtud de esa eficacia horizontal de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales pueden ser conculcados o violados por particulares sean personas naturales o jurídicas. Así, los grupos asociativos a través de sus dirigentes pueden vulnerar el derecho de asociación u otros derechos fundamentales de los asociados, pueden también vulnerar el derecho de asociación de quienes pretenden incorporarse al grupo asociativo. La autonomía que representa la libertad de autoorganización encuentra su límite en los derechos de los socios al interior del grupo asociativo.

Martín Huertas sostiene que la recepción de la *Drittwirkung* tiene especial aplicación, por la frecuencia con la que se da, en la hipótesis de conflicto entre las asociaciones y sus socios o las personas interesadas en llegar a serlo. En ambos casos, se suscita singularmente el problema del respeto del principio constitucional de la igualdad entre los particulares, en su peculiar articulación con la libertad asociativa. La eficacia *interprivatos* (con toda la matización que ello implica, en atención al respeto de la dignidad humana) para no dar lugar a un menoscabo de la libertad de asociación cualquiera que sea su titular, podemos afirmar con el Tribunal Constitucional español que esta dimensión pertenece al contenido esencial del derecho fundamental que nos ocupa, tal como recientemente se ha recogido en la sentencia 236/2007 de 7 de noviembre (FJ 7º) (2009: p.253-254).

Más aún, “el hecho (...) de que la libertad de asociación sea ambivalente en su titularidad –puede corresponder al individuo o al grupo – y heterogénea en su contenido, potencia su idoneidad hipotética para desplegar su eficacia *interprivatos*” (Ferrer i Riba y Salvador Coderch 1997: 101).

El derecho de asociación, en este supuesto, se actúa frente a la asociación misma, y garantiza un haz de facultades que incluyen, entre otros:

- El derecho a no ser impedida la afiliación por motivos arbitrarios o faltos de razonabilidad y, por tanto, negativamente discriminatorios;
- El derecho a intervenir de forma normal en la vida de la asociación y,
- El derecho a no ser excluido de ésta sin una base razonable y de acuerdo a un procedimiento que garantice el derecho a la defensa (Martín Huertas 2009: 367).

Para Gallardo Moya, citado por Martín Huertas esta dimensión *interprivatos* abarca una pluralidad de temas relativos a la forma de organización y a los procedimientos disciplinarios y de selección de dirigentes. Todo ello incluye un catálogo de derechos individuales que garantizan y tutelan el carácter democrático del ente asociativo, y entre los cuales descuellan el derecho de sufragio activo y pasivo, el derecho a la información sobre las actividades y la situación económica de la asociación, el derecho a manifestar su opinión y a prestar sus sugerencias y quejas ante los órganos rectores, el derecho a no ser sancionado o expulsado si no es mediante un procedimiento y por causas disciplinarias (Martín Huertas 2009: 368).

Luego de ser tratado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (STC 56/1995 de 6 de marzo, FJ 3.c, STC 173/1998 de 23 de julio, entre otras), los derechos (y deberes) de los asociados han sido incorporados a la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación de España del año 2002, en su artículo 21. Sin que su listado signifique que son los únicos derechos, pues como ya hemos venido desarrollando, los casos concretos podrán determinar otros derechos, es ilustrativo tenerlos en cuenta para abordar el estudio de este derecho en nuestro país:

- a) A participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la asamblea general, de acuerdo con los estatutos.

- b) A ser informado acerca de la composición de los órganos de gobierno y representación de la asociación, de su estado de cuentas y del desarrollo de su actividad.
- c) A ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra él y a ser informado de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que, en su caso, imponga la sanción.
- d) A impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la Ley o a los estatutos.

Canosa Usera advierte que a los derechos legales de los socios, habría que añadir los derechos fundamentales de los que el socio no deja de ser titular (2003: 4).

El derecho a asistir a la asamblea general faculta al socio para acudir a las reuniones convocadas por dicho órgano asociativo e intervenir en sus deliberaciones, teniendo el derecho a ser oído y a que se le escuche. Por medio del derecho de voto se contribuye a conformar la voluntad de la asociación en el seno de las asambleas, y siempre de conformidad con el principio mayoritario. El derecho a participar en los órganos de gobierno y representación, que implica la posibilidad de sufragio activo y pasivo para formar parte de dichos órganos, se hace efectivo, en cuanto al primer aspecto se refiere, mediante el ejercicio del derecho de voto. A través de estos derechos se viabiliza, también, la fiscalización de la actuación de los órganos de gobierno o representación de la asociación (Cabanas Trejo 2000: 273-275), (Martín Huertas 2009: 369). Es de destacar aquí, el derecho de participación de los asociados en la elección de los órganos de gobierno, cuando este derecho se ve coartado es que se manifiesta el deterioro del derecho de asociación, se restringe la fiscalización y se limitan las facultades

decisorias del asociado. Como lo probaremos más adelante, esto está sucediendo en ciertos grupos asociativos en el Perú.

Por su parte, el derecho a la información respecto a los órganos de gobierno, su composición y sus actividades, tiene su sustento en la necesidad de transparencia, para que los asociados adopten sus decisiones conforme a ella; mientras más informados estén, adoptarán mejores decisiones respecto de sus intereses. La vulneración del derecho de participación en los órganos de gobierno y del derecho a la información del asociado atañe directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación. Por tanto, son derechos de protección constitucional.

Vinculado al derecho a la información se encuentra la necesidad de incorporar obligatoriamente en los estatutos de las asociaciones todo lo relativo a las reglas que permiten la participación de los asociados en la gestión y control de los órganos de gobierno y representación, al tiempo que sirven a la seguridad del tráfico jurídico de los entes asociativos. La importancia de esto lo ha manifestado el Tribunal Constitucional español en la STC 133/2006 del 27 de abril (Martín Huertas 2009: 379-380).

Un tema relevante lo conforma, los derechos del socio en caso de conflicto de intereses con la asociación. La STC del Tribunal Constitucional español 104/1999, FJ 5, declaró el derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación, siempre que estos sean conformes a la Constitución y a las leyes. Esta sentencia revela un cambio de actitud, según Martín Huertas, se ha pasado de la prohibición de la injerencia de los poderes públicos en los asuntos internos de la asociación a la afirmación de que el derecho de asociación otorga a los socios la facultad de pedir al Estado que garantice la observancia de las normas estatutarias. Esta es la postura de dicho Tribunal, aunque tiene sus detractores. Sin embargo, entrando a la calificación la resolución judicial debe limitarse a comprobar la existencia de motivación, que no sea

manifiestamente arbitraria, para la plena validez de un acuerdo de expulsión y no debe entrar a enjuiciar el acierto con el que estos motivos han sido aplicados al caso por los órganos rectores de la asociación, sustituyendo la valoración de éstos por la del Tribunal. Esto es la plena eficacia del derecho de asociación entre particulares (2009: 385-386, 391).

Nos interesa poner de relieve para fines de la investigación, que la facultad de autoorganización de las entidades asociativas tiene sus límites en los derechos de los asociados, quienes pueden exigir que se les garantice plenamente su intervención en la vida interna de la asociación.

1.6 LÍMITES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Debemos partir de que el derecho fundamental de asociación como todo derecho fundamental no es absoluto e ilimitado. El principal límite inmanente del derecho de asociación proviene del propio derecho y de su relación con el derecho de los demás. Límite que se pondrá en evidencia cuando se presenta la necesidad de solucionar conflictos con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

El contenido de los derechos es un contenido limitado y debe convivir con las exigencias no sólo de los derechos de los demás integrantes de la comunidad, sino también por aquellos bienes o valores proclamados constitucionalmente. Se trata de una actividad delimitadora de su contenido y no podrá ser delimitable por el poder político ni por los particulares (Castillo Córdoba 2005: 123). Así, según el autor, los límites son inmanentes a cada derecho.

Aba Catoira sostiene siguiendo a Aguiar de Luque que el concepto de límite será “toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto, derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos”. Por tanto, la delimitación del contenido del derecho, a partir de los límites internos que vienen dados por su propia naturaleza, así como por su

indiscutible dimensión social, permite conocer a su titular qué es lo que la Constitución le faculta ejercitar, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional, son “los límites o contenido básico del derecho” y, así, conocer, en su caso, la protección que pueden reclamar por vulneración de ese ámbito constitucionalmente protegido (1998: 17-18). Para la autora los verdaderos límites no son los internos, relacionados con el contenido constitucional del derecho, sino los límites externos, estos son las restricciones que provienen del ordenamiento jurídico, de la propia Constitución y de la ley, como puede ser el “respeto a los derechos de los demás” o las afectaciones a un derecho concreto (1998: 20-22). La Constitución limita el derecho de asociación a través de la ley, la misma que deberá respetar su contenido constitucional. Ley con la que no se cuenta en el caso de este derecho.

El primero que interviene estableciendo límites a los derechos fundamentales es el legislador, luego en su ejercicio, entra en colisión con otros derechos, y es ahí, cuando interviene el Tribunal Constitucional, quien va concretando el derecho contenido en las normas constitucionales indeterminadas y abiertas. El Tribunal Constitucional se ha ido convirtiendo en el legislador de los derechos fundamentales. Los derechos están siendo limitados a través de la jurisprudencia constitucional. Así, no resulta posible establecer una teoría jurídica de los límites de los derechos, pero sí una líneas generales deducidas de los supuestos específicos de limitación. La ponderación no ofrece en ningún caso una solución general aplicable a varios supuestos prácticos de conflictos de derechos. Es posible concluir que el Tribunal Constitucional actúa como el último limitador de los derechos fundamentales resolviendo numerosos supuestos de ejercicio conflictivo (Aba Catoira 1998: 27-31).

Serán por tanto, límites del derecho de asociación, las restricciones, excepciones o privaciones que se establecen respecto de este derecho. Aspecto relevante en la delimitación del derecho que nos ocupa, esto es, en la definición de sus contornos generales y de sus objetivos. (Abad 2008:123).

Además de los límites que provienen del propio derecho y de su relación con los demás derechos fundamentales, ya vistos cuando se trató el contenido constitucional del derecho de asociación; surgen los límites impuestos por el Estado Social y Democrático de Derecho, esto es los límites que se establecen en las leyes. Estos límites se encuentran referidos a restricciones legales, básicamente, las asociaciones con fines ilícitos, o que vayan contra la moral pública o el orden público y, por razón del sujeto: miembros de las fuerzas armadas y policía nacional, por la función que estos cumplen.

Nuestra Constitución nada dice al respecto, porque deja a la ley, su desarrollo. En el artículo 42 de la Constitución peruana se reconoce el derecho de sindicación de los servidores públicos, por ende estos pueden asociarse, no están comprendidos en este derecho, los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección. Tampoco están comprendidos los miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional; pero no quiere decir que estos no puedan asociarse, como en efecto lo hacen por disposición legal, siempre y cuando no sea con fines reivindicativos profesionales. Sin embargo, como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del 31/12/2009, sobre la prohibición del ejercicio de la libertad sindical por parte de los miembros de las fuerzas armadas:

“202. (...) En los últimos años, en algunos países de la región esta tendencia comenzó, no sin dificultades, a revertirse, y hoy se desarrollan procesos de adecuación normativa y de regularización de prácticas de acción sindical que tienen como objetivo establecer un sistema de relaciones laborales racional y adecuado a las normas internacionales en la materia”.

Asimismo, el artículo 153 de la Constitución peruana establece que los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga. Pero esto no quiere decir que no puedan asociarse, como en efecto lo reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los instrumentos internacionales, sí se pronuncian sobre dichos límites; instrumentos que resultan aplicables conforme a la Cuarta Disposición Final de nuestra Norma Fundamental, los derechos y libertades reconocidos por la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

De acuerdo al artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (el más inmediato de los instrumentos internacionales aplicables) *“Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”* (inciso 1); *“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”* (inciso 2); *“Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”* (inciso 3). (El subrayado es nuestro).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 22, como únicas restricciones del derecho de asociación, que podrán estar previstas en la ley, necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional y pública, o del orden público, o para proteger la salud, o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás. Asimismo, permite las

restricciones legales al ejercicio del derecho de asociación por parte de los miembros de las fuerzas armadas y la policía (El subrayado es nuestro).

Por su parte el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere al particular derecho de asociación de los trabajadores: el derecho de sindicación. El artículo 8 establece, este derecho a favor de las personas y de los sindicatos, no pudiendo imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos. Agrega este Pacto que las restricciones legales por razón del sujeto se extienden, además de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, a los miembros de la administración del Estado.

Como se aprecia se deja que la ley establezca ciertas restricciones del derecho de asociación por razones de seguridad nacional y pública, de orden público, de protección a la salud, a la moral pública y a los derechos y libertades de los demás. Por razones del sujeto, se permite restricciones legales, a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de la administración del Estado.

Como lo reconoce la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del 31/12/2009, con relación a la libertad de asociación y de reunión:

“195. En la dinámica propia al funcionamiento de una sociedad democrática, el Estado debe desarrollar una permanente tarea de ponderación entre derechos e intereses legítimos muchas veces enfrentados o contrapuestos. Como se ha señalado ya reiteradamente en este informe, el ejercicio de determinados derechos humanos puede ser regulado o limitado por parte del Estado en ciertas circunstancias, y siempre a partir del respeto de los estándares establecidos en el marco del Sistema Interamericano. Como ya ha sostenido la Comisión

(...) además de las regulaciones establecidas por ley, el Estado puede imponer limitaciones razonables a las manifestaciones con el fin de asegurar el desarrollo pacífico de las mismas así como dispersar aquellas que se tornan violentas u obstructivas, siempre que tales límites se encuentren regidos por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. (...)” (CIDH, *Informe Anual 2007*, Capítulo IV, Venezuela, párrafos 260 y 268).

“De acuerdo a los criterios elaborados por la doctrina especializada en la región, se acepta que los derechos humanos soportan ciertos límites a su ejercicio, siempre y cuando para ello confluyan una serie de condiciones y circunstancias que son inherentes a un Estado Democrático de Derecho. En esta dirección, se señala que la interpretación de esas limitaciones debe ser objetiva, entendiéndose por este concepto toda aquella limitación que "correlacione la libertad personal con la igualdad, con la solidaridad, con el bienestar común (...)". Tales limitaciones “no pueden exceder el margen de lo razonable, es decir, no pueden desconocer, no pueden destruir o alterar el derecho limitado” (Bidart Campos, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991).”

En consecuencia, el ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el derecho de asociación, puede ser regulado o limitado por parte del Estado en ciertas circunstancias y bajo una serie de condiciones inherentes a un Estado Democrático de Derecho y, a partir del respeto de los estándares establecidos en el marco del Sistema Interamericano. Los límites además, deben correlacionarse con otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos y, en caso de conflicto, se aplicarán los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Como se señala en la STC del Tribunal Constitucional peruano Exp. 04520-2006-PA/TC, FJ 14, la respuesta que dispensan los instrumentos internacionales a la temática que rodea a los fines del derecho de asociación es absolutamente concluyente en todos los casos. Las únicas restricciones susceptibles de

considerarse como tales son, como lo dicen las propias normas, las que puedan derivarse de las exigencias impuestas por un Estado democrático, la seguridad nacional, el orden público, la salud y moral públicas y los derechos y libertades fundamentales. Por lo demás, por si existieran dudas al respecto, la Convención Americana es absolutamente enfática al justificar el carácter abierto o multidimensional en los alcances o ámbitos en los que se manifiesta el derecho de asociación.

No sería admisible que las leyes establecieran restricciones exageradas o arbitrarias; porque al momento de aplicarlas, siempre primará el derecho de asociación con toda su fuerza de manera indiscutible, descartando restricciones abusivas.

1.7 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y OTROS DERECHOS VINCULADOS

1.7.1 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO DE SINDICACIÓN

Como se ha podido apreciar el derecho de asociación se encuentra vinculado en su desarrollo al derecho de sindicación o libertad sindical. Mucho se ha discutido doctrinariamente sobre la relación que existe entre ambos derechos.

Es cierto que el derecho de asociación luego de su consagración en los Instrumentos Internacionales, se especializó al desarrollarse el mismo en determinadas organizaciones jurídicas, es el caso de los sindicatos y de los partidos políticos y lo que ocurre de manera natural en las organizaciones religiosas. Aparecerán distintas formas de organización en atención a sus fines, pero en todas ellas está presente el derecho de asociación.

Estamos de acuerdo con la posición de Rubio Correa cuando señala:

“Cabe la alternativa de pensar que existe un derecho de asociación simple y puro que es reconocido constitucionalmente para todos los casos en los que las personas se quieren coaligar en pos de algún fin y que, luego, existen otras tantas especies de asociación como pueden darse en el Derecho: la asociación civil sería una, el sindicato sería otra, un simple contrato de asociación sería una tercera y así sucesivamente. Cada una de estas formas específicas formaría parte del género derecho de asociación pero sería par de las demás en su relevancia jurídica.

De hecho, para nosotros, ésta es la imagen más cercana a lo que las normas dicen, desde que efectivamente existe un derecho de asociación genérico en la Constitución, y luego se desarrollan grupos normativos para regular a las otras tantas formas específicas de asociarse, de entre las cuales las tres que hemos mencionado en el párrafo anterior específicamente existen.”(1998: 30-31).

En otros preceptos de la Constitución Peruana de 1993 se consagran las formas especiales que puede adoptar el derecho de asociación, como el derecho de sindicación.

“Artículo 28

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

- 1. Garantiza la libertad sindical.*
- 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.*

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

- 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”*

“Artículo 42

Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.”

En los instrumentos internacionales y en la Constitución Peruana de 1993 el derecho de sindicación es un derecho social y como tal se nutre de la doctrina de los derechos sociales, mientras que el derecho de asociación es un derecho de libertad individual.

Afirma, Blancas Bustamante, tratándose de los derechos-libertades la intervención del Estado suele considerarse nociva y perjudicial, pues de suyo implica la afectación de la esfera de libertad de la persona, cuando se trata de los derechos sociales, - conceptuados, igualmente, como derechos - prestación - lo nocivo y perjudicial para su titular es la inacción o abstención del Estado, pues sin la intervención de éste no es posible hacerlos efectivos. Más adelante destaca, que hay, en efecto, derechos nuevos, de cuño social, incorporado a las Constituciones como parte del bagaje jurídico del Estado social, que, al igual que los derechos de la “primera generación”, exigen la abstención, el respeto y garantía del Estado para asegurar su eficacia, siendo nociva e inconveniente cualquier acción positiva o intervención estatal. Es el caso, -paradigmático, por cierto - de la Libertad Sindical, respecto de la cual Constituciones y Tratados Internacionales, proclaman como su garantía máxima la no injerencia del Estado y de los empleadores en la constitución, funcionamiento, actuación y disolución de los sindicatos. Por el contrario, los casos en que el Estado ha intervenido la vida sindical, restringiendo el ámbito de su autonomía o promoviendo directamente organismos sindicales se identifican, históricamente, con la experiencia de Estados totalitarios o autoritarios (1996: 32).

Si bien, en el ámbito sindical la intervención estatal debe estar negada, precisamente para preservar el derecho; en el ámbito del derecho fundamental de asociación, consideramos que la intervención sí puede darse, sin quebrantar la esfera de la libertad de la persona, siempre que ocurra vulneración de otros derechos fundamentales en su ejercicio, como lo planteamos.

1.7.2 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Como ya hemos tenido oportunidad de reseñar el derecho de asociación se ejerce de manera especial en los partidos políticos. Precisamente en estas organizaciones es en donde en un momento determinado se desarrolló más intensamente que en las organizaciones no lucrativas, al igual que el derecho que se manifiesta en las organizaciones sindicales.

La Constitución Peruana de 1993 reconoce el derecho a participar en los asuntos de interés público:

“Art. 2.- Toda persona tiene derecho a: (...) 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.”

El derecho a participar en los asuntos de interés público aparece regulado en el artículo XX de la Declaración Americana y en el artículo 23 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales:

Declaración Americana - Artículo XX de la Declaración Americana: Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Convención Americana - Artículo 23: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c. de tener

acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Concretamente, respecto al derecho de asociación que se ejerce en los partidos políticos la Constitución peruana señala:

“Art. 35

Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente le concede personalidad jurídica.

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.”

Como ya se explicó nos aunamos a la tesis de quienes piensan que el derecho de asociación es el género y que no debe ser confundido con ninguna de sus especies, como ocurre con el ejercicio de este derecho en una asociación política, el cual como ya señalamos no es nuestro interés tratar de manera específica.

1.7.3 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y EL DERECHO DE REUNIÓN

Estos derechos no obstante ser sustancialmente distintos, han sido reguladas conjuntamente en algunas oportunidades, por tratarse de derechos que se ejercen individualmente y de manera colectiva. La Declaración Universal de Derechos Humanos es la que las consagra de manera conjunta. En las Constituciones Peruanas ambos derechos han sido tratados de manera independiente.

Actualmente la Constitución Peruana de 1993 establece respecto del derecho de reunión lo siguiente:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirse solamente por motivos probados de seguridad o sanidad públicas.”

El derecho de reunión importa la libertad de todas las personas de poder congregarse con otros de manera pacífica, requiriéndose de aviso previo a la autoridad únicamente cuando se convocan en plazas o vías públicas, pudiendo prohibirse solamente por motivos probados de seguridad o sanidad públicas.

Carbonell explica, el derecho de reunión. Cita una sentencia del Tribunal Constitucional español (Sentencia 85/1998) de la siguiente manera:

“Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio o intercambio de exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo –una agrupación de personas-, el

temporal –de duración transitoria, el finalístico –licitud de la finalidad, y el real u objetivo –lugar de celebración.”(2006: 826).

Señala además, que la diferencia entre la libertad de reunión y la de asociación consiste sobre todo en la duración de los efectos que conlleva el ejercicio de una u otra. En tanto que, la libertad de reunión despliega sus efectos mientras físicamente se encuentran reunidas las personas que la ejercen, la libertad de asociación se proyecta con efectos temporales más extendidos en la medida en que se crea una personalidad jurídica distinta a la que corresponde a las personas que la ejercen (2006: 830).

En la STC del Tribunal Constitucional peruano Exp. 4677-2004-PA/TC se estableció que los elementos que configuran el derecho de reunión, determinan, sin lugar a dudas, que la libertad de expresión y la libertad de reunión, *strictu sensu*, gocen de un contenido constitucionalmente distinto, la estrecha relación reunión-manifestación, genera una singular vinculación entre ambos, al extremo de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha destacado una instrumentalidad mutua, por así decirlo, “de ida y vuelta”. En efecto, en el caso Rekvényi, el referido Tribunal sostuvo que “la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación.”

Establecidas las diferencias con el derecho de reunión, con el que a su vez tienen puntos de encuentro, como los señalados; es nuestro interés tratar el derecho fundamental de asociación como género y no entrar a analizar las connotaciones especiales que conlleva el derecho de sindicación, el derecho de asociación que se ejerce en una asociación política, en las sociedades, en los colegios profesionales, en las organizaciones religiosas u otra forma especial; salvo que las cuestiones especiales contribuyan al análisis del derecho como género.

1.8 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

1.8.1 CONSTITUCIÓN DE 1856

En nuestro país el derecho fundamental de asociación no estuvo incluido en las constituciones anteriores a la de 1856. Es recién en la Constitución de la República Peruana promulgada el 19 de octubre de ese año que el derecho de asociación aparece como garantía constitucional, de la siguiente manera:

“Artículo 28.- Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público o en privado, sin comprometer el orden público.”

El derecho de asociación fue introducido para su ejercicio libre, sin señalar más límite que el orden público.

Debe recordarse que la Constitución Francesa de 1848 introdujo el derecho de asociación en su artículo 8, señalando que todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse, de reunirse pacíficamente y sin armas, entre otros. De ahí pasó a ser reconocido por las constituciones de diversos países. La Constitución Española lo hace en 1869 de la siguiente manera, en su artículo 17: Tampoco podrá ser privado ningún español, entre otros, del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública.

La Convención Nacional, convocada por Ramón Castilla, cuyo máximo exponente fue José Gálvez Egúsqiza, introdujo este gran cambio. La introducción por primera vez del derecho de asociación en la Constitución se condice con la introducción de un régimen de gobierno de carácter liberal.

El liberalismo propugnado por Gálvez tenía una concepción profundamente humanista, postulaba el sufragio universal y una democracia con participación amplia del pueblo (Cajaleón 1999: 638).

Para aquella época, ya se había promulgado el Código Civil de 1852, el cual nada decía sobre el derecho de asociación o las personas jurídicas; en cambio, el primer Código de Comercio del Perú de 1853 ya establecía la posibilidad de la formación de compañías mercantiles por dos o más personas, cuyas características se mantienen en la formación de las actuales sociedades.

Nuestra Constitución reconoce incluso antes que la constitución española el derecho de asociación, ésta recién lo hará normativamente en la Constitución de 1869. No obstante ello, no hemos tenido una ley de asociaciones, como las que se han dictado en España. Tempranamente la primera de ellas en 1887 y la última data del año 2002.

Así, nace el derecho de asociación como libertad del individuo, con un ámbito de protección de las injerencias del Estado. En España, igualmente arranca de una concepción del derecho de asociación como libertad pública, sin embargo, todos los textos, sin excepción, hasta la vigente Constitución, otorgan a la potestad administrativa, en mayor o menor medida, una fiscalización de este derecho. Este enfoque erróneo consistente en la concesión de potestades a la administración en materia de derecho de asociación será ampliamente superado a raíz de la promulgación de la actual Constitución española. La segunda nota que supone una constante a lo largo del desarrollo histórico del derecho de asociación consiste en el reconocimiento de los límites inherentes a este derecho, de modo especial, los fines delictivos tipificados en el Código Penal y la moral pública (Martín Huertas 2009: 65-66).

Es válido, señalar que la Constitución peruana de 1852 regula de manera amplia el derecho de asociación, en atención a la influencia de la doctrina del derecho natural. Como dice Norberto Bobbio citado por Miguel Carbonell la doctrina de los derechos naturales incorpora una visión individualista de la vida humana y cambia el centro de radicación de la legitimidad en la relación política, la cual comienza a ser contemplada más *ex parte civium* que *ex parte principis*. Carbonell agrega, que

primero viene el individuo y luego el Estado: el valor principal de la sociedad son las personas y no el gobierno. La relación entre individuo y Estado se invierte y como consecuencia de ella también la primacía de los deberes sobre los derechos. Si primero viene la persona, entonces vendrán primeros sus derechos, que deberán ser anteriores e incondicionales con respecto a sus deberes (2010: 25-26).

La universalidad de los derechos, nos precisa Carbonell, es una consecuencia de la fuerte influencia iusnaturalista del primer constitucionalismo: si los derechos que entonces se enunciaban eran “naturales”, es obvio que tenían que ser reconocidos por igual a todas las personas, puesto que todas ellas comparten la misma “naturaleza” (2010: 33). Cuando se incorpora el derecho de asociación al texto constitucional se convierte el derecho natural en derecho positivo.

Pelayo Olmedo señala, que dentro del sistema jurídico de la época, este derecho formaba parte de los “derechos inherentes a la persona humana”, por lo que, en origen, el constituyente partía de su carácter ilimitado y absoluto y de entender que no podían sujetarse ni a un sistema preventivo ni represivo, ni siquiera a través de leyes especiales, salvo que estuviera expresamente previsto en el Texto constitucional. Citando a Sánchez Agesta, concluye: “De este modo, acaba diseñándose un régimen jurídico para el derecho de asociación con un claro espectro liberal, donde el asociacionismo se concibe como un derecho natural, que nace de la autonomía de la voluntad del individuo, y que, en todo caso, debe quedar fuera del control Estatal. Todo ello implica que el derecho no podrá ser objeto de legislación específica”. Sin embargo, da cuenta que se cometieron abusos por lo que el gobierno tuvo que intervenir tempranamente desde 1869 poniendo controles al ejercicio de este derecho (2007: 98-99).

Con el mismo texto se reconoce el derecho de asociación en la Constituciones de 1860 (Artículo 29) y 1867 (Artículo 27). En ésta última con una ligera variante: no se indica la limitación del orden público:

Constitución de 1860: *“Artículo 29.- Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público o en privado, sin comprometer el orden público.”*

Constitución de 1867: *“Art. 27.- Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público o en privado.”*

Recordemos que la Constitución de 1860 fue la de más larga vigencia en la Historia del Perú, salvo las interrupciones ocurridas con ocasión de la corta vigencia de la Constitución de 1867 y del Estatuto Provisorio de 1879.

En el diario de los debates para la Constitución de 1860, se reconoce que la Constitución del 56 comprendía cien artículos que contienen los principios fundamentales del sistema gubernativo que nos rige y todas las garantías, públicas y sociales que pueden proclamarse; pero contiene cuarenta artículos que paraliza el progreso (Congreso de la República 1860). Por lo tanto, existía una clara visión que no debía modificarse el régimen de las garantías, porque aun respondían a las ideas del liberalismo.

Villarán, señala que el artículo 29 garantiza el derecho de asociación en su mayor amplitud, existe, señala, la facultad de formar sociedades de todo orden, ya se propongan un fin político, literario, artístico, filantrópico, comercial, etc., sin que para su establecimiento se necesite autorización o licencia, ni ningún otro requisito. Las sociedades no tienen, respecto de sus actos, otras restricciones que las que reprimen el abuso de la libertad individual, en guarda de la moralidad pública o del derecho ajeno. Continúa Villarán ilustrándonos, que el derecho de asociación tiene sin embargo, la limitación que nace del artículo 4 de la Carta, que “no permite el ejercicio público de ninguna otra religión que no sea la Católica Romana”. El culto de las demás religiones puede, según esto, ejercerse en lugares privados (1875: 67-68).

Los partidos políticos empezaron a surgir en el Perú bajo la vigencia de la Constitución de 1860. García Calderón Rey, da cuenta que los partidos políticos son agrupaciones formadas por el poder de sugestión de una fuerte personalidad directora. El prestigio personal era el único elemento de unidad en la época del militarismo y del caudillaje. El partido civil se desarrolló lentamente desde la época de Vivanco. La crítica y el descontento de un grupo estalló en 1872, y un partido ya maduro, en un gran movimiento de la opinión, llegó al poder con Manuel Pardo, hijo del poeta y fundador del civilismo. La fórmula política triunfadora del partido era clara y radicalmente nueva. La lucha contra el militarismo, la supremacía del elemento civil, el orden como base del progreso. El partido democrático llegó al poder en 1895, fundó en 1879 la dictadura con su caudillo Piérola (García Calderón Rey: 2001: 248-251).

1.8.2 CONSTITUCIÓN DE 1920

En la Constitución de 1920 de manera más lata se reconoce el derecho de asociación.

“Art. 37º.- La Nación reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Su naturaleza y condiciones están regidas por la ley.”

Igual texto se presenta en la Constitución de 1933 (Artículo 27).

Lo destacable es que se introduce en el texto constitucional, que su regulación debe hacerse por ley.

Mediante Ley 4223 del 20 de enero de 1921 se establecieron requisitos para que las asociaciones o sociedades cuyo objeto principal sea el interés general, gocen de personalidad jurídica, y que esas asociaciones obtendrán dicha personalidad

desde el día que sean *autorizadas por el Gobierno* con aprobación de sus estatutos.

Como puede advertirse, existió en el Perú un momento en el que era exigible la aprobación administrativa para que las asociaciones gocen de personalidad jurídica. Cabe acotar que en ese momento no existía el Registro de Personas Jurídicas.

En España se aprobó la primera Ley de Asociaciones el 30 de junio de 1887 que tiene su precedente en la Constitución de 1876, cuya regulación remitía a una ley. Este es un referente para establecer la remisión a la ley en las Constituciones peruanas de 1920 y 1933.

En el Perú nunca se emitió una ley de asociaciones, sin embargo, en el Código Civil de 1936 se regula por primera vez a las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado y en concreto a las asociaciones, como ya se legislaba en el derecho civil de otros países.

León Barandiarán manifiesta, que entre las personas jurídicas de derecho privado se encuentran las asociaciones, sociedades civiles y comerciales, las fundaciones, las comunidades de indígenas, agrupaciones y colectividades religiosas. Las comunidades de indígenas existen *per se*, decía, pues el artículo 207 de la Constitución (1933), establecía que tienen existencia legal y personería jurídica. La asociación, la fundación y la sociedad se constituyen por una declaración de voluntad, por un acto jurídico; sin embargo, ésta no basta, la anotación registral es el dato de determinación del nacimiento de la persona colectiva de derecho privado. De ese modo, no rige entre nosotros, el sistema de la concesión administrativa, como ocurre en Argentina u antes de la vigencia del actual Código nacional, en el Perú (1991: 213-215).

El citado autor plantea, citando a Von Thur y Bevilaqua, que un término medio entre el sistema de libertad absoluta y el de la concesión o autorización estatal, es el del registro de las personas jurídicas, inscripción que de acuerdo a Von Thur supone el cumplimiento de disposiciones normativas y conforme a Bevilaqua otorga la seguridad de los intereses de los que con ella tratan y también es de interés de la persona jurídica que se haya organizado su registro (León Barandiarán 1991: 216). Ello no significa que se desconozca a las personas de hecho, las cuales pueden tener un patrimonio, contratar y comparecer en juicio por medio de representantes (León Barandiarán 1991: 218).

Efectivamente, como se señala en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1936 hubo un rechazo, por peligrosa e inconveniente, a la idea de la intromisión gubernamental en un país en que el Estado carece de órganos técnicos adecuados, y, además por el fundado temor a la arbitrariedad; que en cambio, se considera satisfactorio el sistema de la inscripción, porque ésta es un signo visible que realiza ampliamente los fines de publicidad y la debida constitución de la persona, desde el punto de vista de las formas exigidas por la ley, para conceder la vida a estos organismos colectivos. La ley debe reconocer al Poder Público la facultad de fulminar las organizaciones contrarias al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, pudiendo demandar, por órgano del Ministerio Fiscal, la cesación y disolución de tales asociaciones (propuesta de Olaechea) (Guzmán 1982: 185-192).

Como puede advertirse, desde su reconocimiento hasta la vigencia de la Constitución de 1933 y el Código Civil de 1936, el derecho de asociación no sufrió muchos cambios, salvo en esta última norma. Efectivamente, el Código Civil desarrolla de alguna manera el derecho, pero aun lo hace de manera limitada.

1.8.3 CONSTITUCIÓN DE 1979

En la Constitución de 1979 se introducen cambios acordes con los nuevos instrumentos internacionales y Constituciones contemporáneas de aquel entonces:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 11.- “A asociarse y a crear fundaciones con fines lícitos, sin autorización previa.

Las personas jurídicas se inscriben en un registro público. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.”

No puede dejar de apreciarse que un referente directo fue la Constitución Española de 1978, su artículo 22 señala lo siguiente:

“1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.”

Tenemos entonces que no sólo se reconoce el derecho individual de asociación, sino también la persona jurídica asociación, así: se reconoce el derecho a asociarse con fines lícitos, fines que corresponderán a la persona jurídica; la inscripción de ésta en un registro público y que no pueden ser disueltas administrativamente.

Se opta por un sistema intermedio, entre la libertad absoluta y la autorización estatal, el sistema elegido es el del Registro Público. El Estado interviene a través del Registro Público.

Recordemos también como claro referente La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que consagra en su artículo 20 el derecho de asociarse como de no asociarse. A la fecha de la discusión de estos derechos en la Asamblea Constituyente de 1978, ya se habían aprobado los siguientes instrumentos internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo Facultativo de dicho Pacto y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), en los que se puso énfasis a los aspectos sociales del derecho de asociación a través del derecho de sindicación, así como los Convenios 87 y 98 de la OIT. Asimismo, ya se habían aprobado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1949 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, instrumentos que recogen el derecho de asociación de manera llana estableciendo los diversos ámbitos en que éste puede ejercerse vinculado a los intereses legítimos de cualquier orden.

1.8.4 LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1978

En Comisión se discutió si debía contemplarse expresamente la prohibición de asociaciones terroristas, también se dio énfasis a su inscripción en el registro público con efectos de publicidad, no se consideró que tenga efectos constitutivos. El Código Civil le daba a la inscripción de la persona jurídica en la que se ejerce el derecho de asociación efectos constitutivos, sin embargo, esto no quiere decir que no se reconociera el ejercicio de este derecho en las asociaciones u otras de similar naturaleza que no se encontraban inscritas. Así lo hicieron ver Aramburú Menchaca y Cornejo Chávez.

En la Asamblea Constituyente encontramos una gran intervención de asociaciones con fines de diversa índole, mediante una serie de memoriales en los que solicitan la solución de sus problemas. Asociaciones de fines educativos, civiles, agrarios, sindicales, etc.; de profesionales, de empleados, de comerciantes, es decir una gran efervescencia del derecho de asociación. Esto no resulta extraño, gracias a la apertura constitucional que ofrecía la Asamblea Constituyente luego de años de dictadura.

Según se aprecia en el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente, en el gobierno militar existían organizaciones campesinas y cooperativas en el ámbito nacional deseosas de ser escuchadas, sin embargo, fundamentalmente las organizaciones no se mantenían con un ánimo esencial asociativo sino por compulsión del gobierno militar. Así se contaba con ligas agrarias de base, federaciones a nivel departamental y una confederación nacional; es decir organizaciones de varios niveles dentro de la sociedad. Se señala que las empresas asociativas de producción eran asociaciones forzosas o empresas compulsivas de asociación (Tomo V: 470). Sin perjuicio de ello, también existían campesinos a quienes se les negaba integrar esas organizaciones.

Cornejo Chávez da cuenta de la intervención de campesinos en el directorio de los periódicos, para que los lineamientos de los periódicos lo planteen los campesinos, con el objetivo de que puedan hablar de sus problemas, quien mejor que ellos decía, para hablar de los problemas del campesinado, incluso con su propia gramática.

El derecho a expresar las ideas a través de agrupaciones y asociaciones era fundamental, Bedoya (Tomo I p. 376) señalaba que ese derecho se ejerce como un derecho individual, inherente a la persona humana, se dice que no es un derecho que la Constitución garantice sólo en beneficio de las personas colectivas o de la persona jurídica, es un derecho de la persona natural.

Desde ese enfoque, del plano colectivo se vuelve a mirar al plano individual del derecho, es decir, se vuelve a mirarlo desde su perspectiva original de derecho individual.

Sin perjuicio de ello se reconoce que el derecho de asociación tiene una connotación especial cuando se ejerce en el ámbito sindical, se habla del derecho de sindicación o sindicalización como derecho social, tal y como ya venía siendo reconocido en los instrumentos internacionales. Concretamente se discute a través de la sindicación de los empleados públicos. Biaggi da cuenta (Tomo II: 400, 406) que a los empleados públicos les estaba negado ese derecho por el estatuto y escalafón del servicio civil. Su reconocimiento como derecho social es relevante. Negreiros comenta (Tomo V: 489) que se inicia la vida sindical moderna en el Perú con el reconocimiento del derecho de sindicalización sin autorización previa, incluso de los trabajadores públicos.

Llama la atención que en la Asamblea Constituyente se haya aprobado (Tomo IV: 498) como moción la recomendación de expropiación de estaciones radioemisoras para que sean dedicadas principalmente a la difusión de la música folklórica nacional y que sean entregadas a asociaciones culturales que acrediten su registro como tales y garanticen congregar no menos de un determinado número de asociados en Lima y otro número en provincias.

Se advierte con ello, que hay rezagos aun de intervención estatal en la constitución de asociaciones y en las actividades que deben realizar.

En el Diario de Debates se da cuenta de la incorporación de los derechos humanos registrados en la Carta de las Naciones Unidas, a la cual ha presentado su adhesión el Perú, se habla de la inclusión de los derechos sociales, como es el derecho de sindicación. Se señala expresamente, que se ha cuidado de garantizar, entre otros, el derecho de asociación, en forma mucho más amplia que antes (Tomo V: 291). Lo cual finalmente se plasma en el artículo 2 inciso 11 de la

Constitución, al señalar el derecho de manera lata y que no se requiere de autorización previa.

Sin embargo, se plantean excepciones, como la referida a que los ministros no pueden intervenir en la gestión o dirección de asociaciones privadas, lo cual resulta comprensible para que no haya conflicto de intereses en juego al ejercer su cargo. Norma que también se mantiene en la Constitución de 1993.

Asimismo, sin que sea necesario, se reitera respecto a los productores agrarios que tienen derecho a la libre asociación, cuando este derecho se reconoce para todos, como dijo en Comisión el Presidente, hay un exceso de amor a los agricultores, porque igual lo exigirían los mineros y otros grupos. También, Enrique Chirinos señaló que el derecho de asociación es para todos los trabajadores (Tomo V p. 88). Se señaló que su inclusión reiterativa es porque en el gobierno militar se les negó a muchos agricultores participar en las confederaciones agrarias; más era por una cuestión histórica y porque servía de reivindicación.

Resulta interesante lo que señala Alayza Grundy (Tomo V p. 429) que el pueblo es el conjunto de grupos, instituciones, de entidades, cada cual con sus fines, cada una con sus propios objetivos, en todas las cuales vive el hombre personal, individual, inserto en estas comunidades que se llaman familias, municipio o Estado, o empresa, sindicato, gremio profesional, club o barrio. Estas comunidades naturales de asociación entre sí y en su interacción, dice, van generando la vida nacional. Tiene cada una de ellas derecho a su autonomía, el derecho y el deber de defenderlas para cumplir sus propios fines, y a través de estos fines cumplirse la realización de la persona humana, fin último de este orden social.

Cornejo Chávez hace alusión a Juan XXIII y señala que las voces aisladas casi nunca tienen la posibilidad de hacerse oír y mucho menos de hacerse escuchar.

Como se aprecia, se da una importancia relevante a la realización del individuo a través de las asociaciones.

Podemos apreciar del Diario de Debates, que el derecho de asociación en la Carta de 1979 se introdujo con matices acordes a los instrumentos internacionales que ya habían sido aprobados para esa época. Se reconoció de manera general como un derecho individual, pero también como derecho social a través del especial derecho de asociación que se ejerce en los sindicatos. Así, el derecho de sindicación o sindicalización se incorpora en el texto constitucional como derecho con especiales connotaciones. Se discute ampliamente el derecho de sindicación de los empleados públicos, problemática de aquel entonces. Finalmente es aprobado de manera general para comprender también a este sector. En definitiva se reconoció que la Constitución debía proteger el derecho de asociación de manera amplia para que pueda ser ejercido por todos los sectores dentro de un ámbito de libertad plena, luego de haber sido ejercida en una dictadura, con las consecuencias limitaciones impuestas por dicho régimen.

En el Código Civil de 1984 se regula a las personas jurídicas y a las asociaciones, de manera más extensa que en el Código Civil de 1936, sin embargo, su contenido sigue siendo limitado, por ello el desarrollo jurisprudencial del tema asociativo.

1.8.5 EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

La Comisión de Constitución y de Reglamento buscó variar y no sólo referirse a asociaciones y fundaciones, por eso se menciona en general el derecho de asociarse y constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, variando el texto anterior de la Constitución de 1979.

En la sesión del 2/2/1993 de la Comisión, según el Diario de Debates, Ferrero Costa, propuso no hacer distinción entre asociación y fundación y que en vez de

decir, no pueden ser disueltas por resolución administrativa se indique sólo pueden ser disueltas por resolución judicial, sosteniendo que esto es más tajante y protege mejor el derecho de las personas.

Más adelante también sostiene, que la asociación puede organizarse sin autorización previa dentro del concepto de libertad, pero si transgrede la moral y el orden público el Estado intervendrá pidiendo su disolución.

Chirinos Soto expresó, que hay diferencias entre asociación y fundación, la primera es reunión de personas y la segunda afectación de bienes.

También estuvo en discusión si se legislaba el derecho de asociación que se ejerce en las sociedades. Chirinos Soto consideró que el derecho de asociación comprendía a las sociedades (p. 295) mientras que Torres y Torres Lara (p. 296) consideró que en el artículo referido a la libertad de contratación se encontraba el derecho de celebrar contratos de sociedad. Señaló que el inciso en discusión se refería al mundo civil, por eso es que se ha insistido en las instituciones que no tienen fines de lucro, y el inciso 13 a todo lo que es el mundo mercantil. Continúa señalando, que acorde con el Código Civil se utiliza la expresión “organización jurídica”, que incluye a las fundaciones, pues hoy en nuestro derecho, se conoce a las fundaciones como organizaciones jurídicas. Entonces, advierte, que el propósito de esta nueva redacción es garantizar a las organizaciones de naturaleza no mercantil, a todas las formas infinitas que hay de organización que no son de carácter lucrativo - su constitución sin necesidad de autorización previa, bajo el principio de libre asociación - y manteniendo el principio que sólo pueden ser disueltas por orden judicial, para así evitar los abusos que existieron en el pasado, cuando por una resolución administrativa, se disolvía un sindicato, un partido, una asociación, etc.

Cáceres Velásquez manifestó, estar en desacuerdo en que se cambie el texto de la Constitución de 1979 en esta materia, porque está funcionando de manera

satisfactoria. Cuestionó que sólo puedan ser disueltas por decisión judicial, por sus graves consecuencias, pues las asociaciones ilícitas que bien podrían ser pasibles de una resolución administrativa tendrían el privilegio de ser disueltas judicialmente. Propone de otro lado, que se agregue con arreglo a ley, lo que finalmente fue acogido.

Fernández Arce consideró, que sólo las asociaciones, comités, fundaciones y comunidades campesinas pueden ser disueltos judicialmente, en tanto las sociedades mercantiles no lo son necesariamente por mandato judicial. También planteó que las asociaciones necesariamente tienen que ser lícitas, de ahí que formen organizaciones jurídicas, por lo que debía retirarse el término.

Chirinos Soto vuelve a intervenir para señalar que las asociaciones se disuelven también por decisión propia, por eso recordó que en la Constitución de 1979 se pusiera que no pueden ser disueltas por resolución administrativa, para entender que podrían ser disueltas por orden judicial o por decisión propia.

Torres y Torres Lara puso énfasis (p. 301) en que las asociaciones no requieren de autorización previa porque son expresiones de la voluntad y de la libertad, mientras que las sociedades comerciales en muchos casos, sí requieren autorización; por ejemplo un banco o una institución financiera, en la que el Estado sí puede reservarse el derecho a no autorizar su constitución por razones económicas.

Se aprobó en Comisión que las sociedades no sean comprendidas en el inciso 13 del artículo 2, sino que sea materia del siguiente artículo. Sin embargo, luego del debate del inciso 14 no se aprobó que de manera expresa se considerara en éste el derecho de crear sociedades con fines de lucro.

El texto aprobado en la Comisión fue finalmente aprobado por el Pleno, por unanimidad.

De otro lado, se decidió retirar de la Constitución el derecho a la libre asociación de los productores agrarios, por considerarla reiterativa del derecho general que ya se encontraba consagrado en el inciso 13, también porque a la fecha del debate ya no existía el mismo contexto histórico que existía en 1978 y que reclamaba su protección reiterada por la Constitución.

Según el Diario de Debates en la Constitución de 1993 se buscó perfeccionar el derecho de asociación, luego de algunos años de su ejercicio conforme a la Carta de 1979. Así, se pone énfasis en que este derecho se ejerce en las organizaciones jurídicas sin fines de lucro, sin dejar de reconocer que también se ejerce en las sociedades a través de la libertad de empresa reconocida también en la Constitución. Asimismo, se reconoce que el ejercicio del derecho se regulará por ley, por lo que existe el pleno reconocimiento de la necesidad de contar con una ley que regule su ejercicio.

1.8.6 CONSTITUCIÓN DE 1993

Esta Constitución intenta también dar a conocer aspectos del derecho de asociación, agrega algunos y quita otros, veamos:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.”

Forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución del Perú de 1993.

La norma constitucional de 1993 reconoce el derecho de asociarse y agrega el derecho de constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro y que se regulará por ley, esto último ya se había introducido en la Constitución de 1920 y se quitó en la de 1979; mantiene, que la organización se constituirá sin autorización previa y que no puede ser disuelta administrativamente. Se quita el extremo referido a la inscripción de la persona jurídica en un registro público.

La falta de relevancia constitucional de la inscripción en el Registro Público, no quiere decir que se la desconozca, porque ésta se encuentra establecida en el Código Civil, en donde también se reconoce a las personas jurídicas no inscritas. Por lo tanto, la inscripción no es un rasgo relevante del contenido del derecho de asociación.

Rubio Correa precisa, que en virtud del artículo 3 de la Constitución que da rango de derechos constitucionales a todos los elementos de estos tratados que, no estando expresamente establecidos en la Constitución, sin embargo tienen reconocimiento en los términos del propio artículo, que dice textualmente: *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma Republicana de Gobierno”*. Agrega, que la amplitud de esta norma en el reconocimiento de derechos, particularmente en lo referente a la dignidad del hombre, es considerable si tenemos en cuenta que todo ello puede ser defendido mediante las garantías constitucionales establecidas en el artículo 200 de la Constitución (1998: 28).

Según Rubio, Eguiguren y Bernalles los dos artículos de las Constituciones de 1979 y 1993 son iguales, pero dos diferencias pueden ser advertidas:

- En la Constitución de 1979 se establecía que las personas jurídicas se inscribían en un registro público. La Constitución de 1993 ha quitado la

norma, sin embargo esto no altera las cosas, porque los registros de personas jurídicas funcionan con una autorización de ley, aunque sí puede querer decir que no es indispensable inscribir la institución para ejercitar el derecho de asociación.

- En la Constitución de 1993 se dice, correctamente, que el derecho de constituir instituciones incluye el utilizar las diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro. Es una aclaración positiva en relación al texto de la Constitución previa y, se discutió en el Tribunal de Garantías Constitucionales en su momento (2010: 442).

Para terminar, el derecho de asociación necesita de una legislación adicional, para así lograr su real y plena efectividad. Se trata de una legislación que regulando el derecho constitucional (normas de desarrollo constitucional), posibilita que su (s) titular (es) lo pueda (n) ejercitar de modo pleno. Por sí sola la disposición del artículo 2.13 de la Constitución no posibilita el ejercicio pleno del derecho reconocido, al no establecer ni los procedimientos ni las formas de crear las asociaciones o las demás organizaciones jurídicas para que puedan ser reconocidas jurídicamente como tales. Se requerirán necesariamente normas adicionales, como las del Código Civil, que normarán los referidos procedimientos y formas (Castillo Córdova 2005: 213-214). Por nuestra parte, creemos, que el Código Civil no es suficiente, falta contar una norma adicional que regule el derecho de asociación.

Conforme a lo expuesto, al derecho de asociación en el Perú le rige la norma de la Constitución vigente de 1993, así como las normas internacionales que resultan aplicables, por ingresar al ordenamiento jurídico interno, de acuerdo con lo prescrito con la Cuarta Disposición Final de la Constitución: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el*

Perú”. Se aplican, por lo tanto, al derecho de asociación en el Perú: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, la Convención Americana sobre derechos Humanos, los Convenios 87 y 98 de la OIT.

1.9 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

En diversas sentencias del Tribunal Constitucional se ha elaborado un concepto del derecho de asociación señalándose lo siguiente:

En la STC Exp. N° 1027-2004-AA, FJ 1 (el derecho de asociación):

“1. (...) se concibe como un medio necesario para que la autonomía de las personas pueda expandirse hacia formas de convivencia solidaria y fructífera. Dicha facultad se erige como una manifestación de la libertad personal dentro de la vida coexistencial, a efectos de que las personas se unan para realizar una meta común. (...). 3. (...) En principio, la delimitación de los fines de una asociación no está sujeta a la discrecionalidad del Estado, sino a la consideración de sus miembros, siempre y cuando su objeto no afecte los principios y valores constitucionales.”

En la STC Exp. N° 4241-2004-AA/TC, FJ (el derecho de asociación):

“es (...) el atributo que puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades, las (...) que, aunque pueden ser de diversa orientación, tienen como necesario correlato su conformidad con la ley”.

En la STC Exp. N° 4241-2004-AA/TC, FJ 5 (El derecho de asociación):

“se explica en la medida que gran parte de los planes de vida del ser humano depende, para su cristalización, de la cooperación e interacción con otros; y ello porque su naturaleza gregaria lo lleva a agruparse con otros a fin de conseguir los objetivos que, de hacerlos solo, no podría llegar a conseguirlos”.

En la STC Exp. 04520-2006-PA/TC, FJ 3 (el derecho de asociación):

“aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades, los cuales, aunque pueden ser de diversa orientación, tienen como necesario correlato su conformidad con la ley”.

En la STC Exp. 0009-2007-PI-TC y Exp. 0010-2007-PI-TC se da un perfil más completo de este derecho:

“87. Este colegiado ha dicho que este derecho es un atributo que puede ser concebido como aquel derecho por el cual toda persona puede integrarse con otras, libremente y de modo permanente, en función de determinados objetivos o finalidades (de carácter político, económico, religioso, gremial, deportivo o de cualquier otra índole) las mismas que, aunque pueden ser de diversa orientación tienen como necesario correlato su conformidad con la ley.

88. El derecho de asociación, pues, se erige como una manifestación de la libertad personal dentro de la vida de coexistencia a efectos de que las personas se unan para realizar una meta común. Ello se explica en la medida en que gran parte de los planes de vida del ser humano depende, para su cristalización, de la cooperación e interacción con otros a fin de conseguir los objetivos que, de hacerlo solo, no podría llegar a conseguirlos. En consecuencia, se reconoce que este derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de autoorganización y en el principio de fin altruista.

89. De dichos principios se deriva que su contenido esencial está constituido por a) el derecho de asociarse, entendiendo por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de sus fines propios de las mismas; b) el derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella y c) la facultad de auto organización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización.”

Al respecto, Rubio, Eguiguren y Bernales explican que el tema central que se desarrolla a lo largo de las sentencias del Tribunal en esta materia, es que la libre asociación se funda en la libertad del ser humano para coexistir de manera más cercana con otros de su misma especie y buscar objetivos comunes con alianza de permanencia en el tiempo y de forma institucional. Esta es una de las diferencias fundamentales entre el derecho de reunión (esencialmente temporal) y el derecho de libre asociación (estable y de lazos institucionalmente establecidos) Continúan los autores precisando, que lo que permite el derecho de asociación es la integración libre y permanente de diversas personas para buscar objetivos o finalidades en forma conjunta cuyo único límite es que sean legítimos. No hay recorte alguno en los fines legítimos que se pueda poner a una asociación porque, nuevamente, ello pertenece al ámbito de la libertad de las personas que conformen la institución. La libre asociación tiene asidero en la naturaleza esencialmente social del ser humano y en su búsqueda de los demás para la convivencia (2010: 446-447).

El Tribunal Constitucional ha señalado de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como únicos límites al ejercicio del derecho de asociación las previstas en la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Así, sólo procederá restringir el derecho de asociación, del cual forma

parte el derecho de no asociarse en supuestos excepcionales, por motivos taxativamente señalados (STC Exp. 3507-2005-PA-TC). De acuerdo a ello, las personas deben tener mucha más libertad para dejar de ser miembros de una asociación que para entrar a ser miembros de ella (Rubio, Eguiguren y Bernales 2010: 450).

De otro lado, el derecho de libre asociación, de acuerdo a diversas sentencias del Tribunal Constitucional es un derecho constitucional pero que debe ser concordado con el derecho a un debido proceso privado al interior de dicha asociación, porque en la medida en que la Constitución debe ser obedecida por todos, aún los ciudadanos que se asocian deben incorporar en sus acuerdos el contenido de todos los derechos constitucionales y no pueden, por consiguiente, vulnerarlos al establecer procedimientos inconstitucionales de separación de asociados. La constitucionalidad debe estar presente, inclusive, al interior de las normas privadas (Rubio, Eguiguren y Bernales 2010: 459). La asociación como persona jurídica tiene como prerrogativas de no admisión y de separación de los asociados, este último siempre con el debido proceso (Rubio, Eguiguren y Bernales 2010: 461).

El derecho de asociación para el Tribunal Constitucional es un derecho de libertad que se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad y en la autoorganización. La delimitación de los fines de una asociación corresponde a sus miembros, pero no deben transgredir los valores y principios constitucionales y, tienen como necesario correlato su conformidad con la ley. Ha definido también el contenido esencial de este derecho, éste comprende: el derecho a asociarse, el derecho a no asociarse y el derecho a la autoorganización.

Ahora bien, extender el derecho de asociación de una persona natural a una persona jurídica, consideramos posible. Es cierto que el derecho de asociación surgió desde la persona humana, pero la realidad demuestra que las personas jurídicas también se asocian y por ende también necesitan protección

constitucional de este derecho. Podría sostenerse que los derechos fundamentales, como el de asociación, se ejercen a través del derecho de asociación de los asociados, pero esto se hace difícil cuando las asociaciones conforman a su vez otras asociaciones, lo cual es una realidad, los asociados de las primeras terminan por desvincularse de las segundas. Estamos de acuerdo en que no todos los derechos fundamentales son aplicables a las personas jurídicas, sin embargo, no existen dudas para considerar que el derecho de asociación sí se aplica a las personas jurídicas. El Tribunal Constitucional Peruano considera que los procesos constitucionales están destinados a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y que sólo por excepción se podría ingresar al fondo de la controversia para resolver un conflicto traído por persona jurídica, esto es, cuando la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total, evidenciándose la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia¹⁵. El Tribunal Constitucional Español tiene pronunciamientos favorables concretos con relación a la titularidad del derecho de asociación de las personas jurídicas.¹⁶

Considerar dentro del concepto de asociación a las organizaciones con fines lucrativos requiere de fundamentación. Nuestra Constitución expresamente señala dentro de dicho concepto a las organizaciones jurídicas sin fines de lucro, esto responde a que históricamente surgieron en este ámbito y que las organizaciones lucrativas se organizan dentro de la libertad de empresa y de la libertad de trabajo. Ya hemos visto que en los debates del Congreso Constituyente Democrático no se niega que el derecho de asociación también se ejerce en las organizaciones lucrativas, pero a estas se las termina regulando en otro inciso. El Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia EXP. N° 04520-2006-PA/TC considera que el derecho de asociación no se condiciona a objetivo o variable particular alguna.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano: Exp. 03868-2007-AA, Exp. 0291-2007-PA/TC, Exp. N° 2714-2009-PA/TC.

¹⁶ En España esto es posible no obstante existir silencio en la Constitución. Véase: Gómez Montoro 2000: 23-71 y Vidal Marín 1998: 205.

Para efectos constitucionales, las finalidades de dicho atributo no sólo se concretan en los consabidos fines no lucrativos, sino en toda clase de objetivos. En la sentencia referida al EXP. N° 06431-2007-PA/TC, reconoce la vulneración del derecho de asociación del accionista de una sociedad, porque no se encontró previsión normativa alguna que contemple y que pueda sustentar la restricción de los derechos de asociación del recurrente con la expulsión, aunque la demanda fue amparada por haberse infringido el principio de legalidad y, en consecuencia por haber ocasionado una lesión del derecho al debido proceso. En la sentencia del Exp. 03071-2009-PA/TC, FJ 8, se encuentra fundamento para extender a todo tipo de organizaciones el derecho de asociación, entre otros, en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución, en el derecho de toda persona a participar no sólo en forma individual, sino también asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación, lo que en concreto significa que, desde una perspectiva amplia (la que ofrece el derecho de participación), no solo cabe el ejercicio del derecho de asociación para propósitos no lucrativos, sino también para objetivos que, al contrario de lo dicho, sean lucrativos (no otra cosa representan los consabidos fines económicos).

Si bien debemos reconocer que las organizaciones con fines lucrativos tienen amparo constitucional, estando de acuerdo con los fundamentos expuestos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente 04520-2006-AA, a nuestro entender la extensión del derecho de asociación en las organizaciones lucrativas, debe ocurrir si eventualmente se vulnerara el derecho personal del socio, teniendo cuidado de no involucrar derechos de carácter patrimonial.

Existen organizaciones en las que no se ejerce la libertad de asociación de manera voluntaria, sino compulsiva, como asociaciones empresariales, gremios, colegios profesionales, entre otros. En estas también se ejerce el derecho de asociación con las respectivas matizaciones considerando sus particularidades. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta materia en la STC Exp. 1027-2004-AA-TC.

Dentro del concepto de asociación están comprendidos indudablemente, sindicatos, partidos políticos, cooperativas, comités, comunidades campesinas, comunidades nativas, organizaciones sociales de base y, las diversas organizaciones de carácter privado reconocidas legalmente, entre las que se encuentran las asociaciones y comités no inscritos, que tienen reconocimiento legal en el Código Civil, aunque no personería jurídica. La junta de propietarios de una edificación sujeta al Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común, prevista en la Ley N° 27157 no es una persona jurídica, es decir, no es un ente distinto de sus miembros, sino la reunión de los propietarios de este tipo de edificación, a la que se pertenece por el solo hecho de ser propietario, tiene representantes y una organización interna. En esta organización, el derecho de asociación se desarrollará teniendo en cuenta estas características, definitivamente tendrá relevancia el derecho a la autoorganización. Sobre la autoorganización el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en las STC Exp. 1027-2004-AA-TC y Exp. 2868-2007-PA-TC.

Las precisiones hechas por el Tribunal Constitucional han enriquecido el derecho de asociación, fundamentalmente porque se ha conocido el derecho a través de los casos. Cuestiones como el contenido esencial, el debido procedimiento al interior de las personas jurídicas, el ejercicio del derecho de asociación por las personas jurídicas, el ejercicio del derecho por las sociedades, entre otras, definitivamente permiten conocer mejor este derecho.

1.10 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. COLOMBIA Y ESPAÑA

1.10.1 COLOMBIA

En el derecho colombiano el derecho de asociación es reconocido escuetamente, por lo que su desarrollo es jurisprudencial; interesa por ello su casuística y el

amplio reconocimiento que tiene en la ley y la jurisprudencia la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El Artículo 38 de la Constitución Política de Colombia expresa. “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en la sociedad.”

El desarrollo jurisprudencial es el que nos interesa destacar, porque como hemos venido analizando es en ella en la que se encuentra la configuración del derecho y, puede significar un aporte para conocer mejor este derecho en nuestro país.

Toro Lopera, comenta algunos artículos de la Constitución Política de Colombia de 1991 relacionados con el derecho de asociación. Respecto del segundo párrafo del artículo 103¹⁷, señala: “La estructura interna y de funcionamiento de todas las asociaciones deben fundarse primordialmente, en principios democráticos, como el pluralismo, la participación de los asociados en la dirección y gestión administrativa de la asociación, la igualdad de oportunidades y demás principios estipulados en la Constitución. El Estado sólo tiene el deber de promover las asociaciones comunitarias, solidarias y sociales que realmente sean democráticas; con las que no lo son, no tiene, ni asume el Estado obligación alguna de darles protección, o de impulsar su crecimiento y desarrollo así se llame partido político.”(1993: 124).

También el autor relaciona el presente derecho fundamental, con el artículo 333 sobre los colegios profesionales, el artículo 52 sobre la democracia en el deporte

¹⁷ Artículo 103 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

“(…)

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.”

y, el artículo 39 sobre las asociaciones o sindicatos de trabajadores y empleadores (1993: 125-126).

Sobre la aplicación del principio democrático en las organizaciones en las que se ejerce el derecho de asociación, cabe señalar que es un tema controvertido. En Colombia tenemos de acuerdo a lo descrito, que el Estado no protege a las organizaciones que no cumplen con dicho principio. En otros ordenamientos jurídicos, como en el español, es posible que algunas organizaciones no se rijan, si esto es mejor para su funcionamiento, por el principio democrático, quedando la decisión en el ámbito privado, sin perjuicio de que el Estado pueda, dentro de sus obligaciones positivas proteger a las organizaciones. En España esta posibilidad ha sido introducida por la doctrina y la jurisprudencia, porque la ley también señala que las organizaciones asociativas se deben regir por este principio.

La Corte Constitucional Colombiana, se ha pronunciado, en la Sentencia C-606 del 14/12/1992. M.P. Ciro Angarita Barón, señalando, que este derecho de asociación consiste en la libre disponibilidad de los ciudadanos para constituir formalmente asociaciones con otros ciudadanos y contiene un aspecto negativo, el cual consiste en que nadie puede ser obligado, directa o indirectamente, a formar parte de una asociación determinada.

En la Sentencia T-173 de 1995 se señala respecto de la libertad de asociación sindical:

Como lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia reiterada (cf. especialmente las Sentencias T-418 de 1992 y T-230 de 1994), la libertad de asociación sindical posee rasgos diferenciadores frente a libertad genérica de asociación, consagrada en el artículo 38 de la Carta. Mientras esta garantiza a todas las personas la posibilidad jurídica de acordar la realización de actividades conjuntas, sin restricciones distintas a las consagradas en la Constitución y las leyes, aquella tiene titulares y fines propios: son los trabajadores quienes, a través de su

ejercicio, reivindican la importancia de su papel dentro del proceso económico, y promueven la mejoría de sus condiciones laborales. Es por esto por lo que se puede afirmar que en tanto que en la libertad de asociación es un poder jurídico frente al Estado, la de asociación sindical lo es, por lo menos de manera inmediata, de una clase productiva frente a otra. Así lo muestra la génesis histórica de esas libertades: la primera corresponde a los derechos de primera generación, propios del liberalismo racionalista, mientras la segunda fue incorporada por el pensamiento social de la primera mitad del presente siglo.

En la Sentencia C-792/2002 se analiza el derecho de asociación y su relación con el derecho de libertad de empresa:

1. Los derechos de asociación y libertad de empresa y su sujeción a límites compatibles con la Carta.

El derecho fundamental de asociación -Artículo 38 de la Carta-, constituye una clara derivación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos. En virtud de este derecho se reconocen dos facultades. De una parte, la facultad de integrar organizaciones reconocidas por el Estado, con capacidad para adquirir derechos y obligaciones y para emprender proyectos económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índole y, de otro lado, la facultad de no formar parte de determinada organización.

De ese modo, el derecho de asociación posee una doble dimensión. Una que se manifiesta mediante la integración o el acceso a una organización conformada con cualquiera de esos propósitos y otra que se manifiesta negándose a hacer parte de una organización determinada o desvinculándose de ella. Las dos facultades han sido objeto de reconocimiento constitucional pues constituyen un legítimo ejercicio tanto de la cláusula general de libertad como de las libertades de pensamiento, expresión y reunión.

Cuando el derecho de asociación gira en torno a proyectos económicos y se ejerce con propósitos lucrativos, su reconocimiento se enmarca en el derecho de libertad

de empresa, esto es, en el artículo 333 de la Constitución Política. Esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común; prohíbe que para su ejercicio se exijan permisos previos y requisitos sin autorización de la ley; concibe la libre competencia como un derecho que supone responsabilidades; afirma la función social que tiene la empresa; le impone al Estado el deber de impedir la obstrucción de la libertad económica y evitar el abuso de la posición dominante y, finalmente, sujeta el ejercicio de ese derecho a los límites que imponga la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

De lo expuesto se infiere que la libertad económica no es un derecho absoluto pues es el mismo constituyente el que permite que el legislador le imponga límites para realizar fines constitucionalmente valiosos. Por ello es legítimo que el legislador promulgue normas que limiten el ejercicio de esa libertad pero debe hacerlo siempre de manera compatible con el sistema de valores, principios y derechos consagrado en la Carta pues no se trata de anular el ejercicio de ese derecho sino de reconocerlo y promoverlo sin desconocer el equilibrio que debe existir entre su reconocimiento y la realización de otros fines constitucionales igualmente valiosos.

En ese marco, es comprensible que surjan tensiones con ocasión de las normas que configuran límites para el ejercicio de las libertades de asociación¹⁸ y

¹⁸ Cita del propio texto de la Sentencia: “En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha negado el carácter absoluto del derecho de asociación y ha afirmado su sujeción a límites razonables cuando se trate de proteger intereses constitucionalmente valiosos. En ese sentido, puede destacarse, por ejemplo lo expuesto en la C- 384 de 2000, al analizar la constitucionalidad del artículo 101 de la Ley 510 de 1999, que exige a los corredores de seguros constituirse como sociedades anónimas: “Para la Corte la orden dada por el legislador busca realizar un objetivo de rango constitucional, y lo hace adoptando medidas adecuadas y razonables de cara a la consecución del fin perseguido. En efecto, la actividad propia de los corredores de seguros, si bien no puede ser catalogada como financiera, aseguradora o bursátil, ni se relaciona con el manejo, aprovechamiento inversión de recursos captados del público, sí implica un factor de riesgo social que amerita la especial intervención del Estado en aras de la protección del interés general prevalente sobre el privado o particular de conformidad con el sistema de principios que consagra el artículo 1 de la Constitución. Dentro del proceso que culmina con la celebración del contrato de seguros, los corredores no solamente ponen en contacto a los tomadores de pólizas con las compañías aseguradoras, sino que más allá de esta labor intervienen también en operaciones complementarias de tipo técnico como la inspección de riesgos. Posteriormente llevan a cabo

económica pues los titulares de éstas pueden argumentar la imposición de restricciones no autorizadas por el constituyente. Ese tipo de tensiones le imponen al órgano de control constitucional el deber de considerar los intereses que se hallan en juego y los derechos que ellos comportan pues si las restricciones impuestas corresponden a propósitos armónicos con la Carta y no desbordan la razonabilidad y proporcionalidad que les son exigibles, no hay motivos para cuestionar su validez normativa.

Claramente circunscribe la Corte Constitucional el derecho de asociación que se ejerce con fines económicos y lucrativos en el derecho de libertad de empresa.

En una última sentencia la C-803-2009 (también C-597-2010) se define el núcleo esencial del derecho de asociación, estableciendo las facultades de la libertad positiva y de la libertad negativa:

“En lo que atañe al núcleo esencial del derecho de asociación, la jurisprudencia constitucional ha clasificado las facultades que otorga en dos grupos: el primero que corresponde a la esfera positiva, que se refieren a decisiones que la persona puede tomar y ejecutar libremente en desarrollo de este derecho, en la que se encuentran las posibilidades de i) intervenir en la creación de cualquier nueva institución; y ii) la de vincularse a cualquiera que hubiere sido previamente creada por iniciativa de otras personas; en tanto que el segundo grupo corresponde a la esfera negativa, que abarca aquellas determinaciones que no podrán ser obstruidas ni tampoco impuestas, ni por una autoridad ni por otra persona particular, ya que en tales casos la pertenencia a una persona jurídica no podría realmente considerarse un acto de ejercicio del derecho de asociación, constituidas por las posibilidad de i) retirarse a libre voluntad de todas aquellas

otras operaciones como intervención en salvamentos, por ejemplo. En ejercicio de este tipo de actividades complementarias, pueden ocasionar pérdidas económicas a terceros como consecuencia de errores u omisiones en que puedan incurrir... “Así las cosas, aunque la disposición significa la imposición de una restricción al derecho de libre asociación y a la autonomía de las sociedades intermediarias existentes, pues las obliga a adoptar en un plazo breve una forma societaria distinta de la inicialmente prevista por los socios, ella se justifica de cara a la protección del interés general inherente al Estado Social de Derecho, representado en este caso por el conjunto de usuarios de los servicios que prestan los corredores de seguros.”

asociaciones a las que pertenezca; y ii) la de no ser forzado a hacer parte de ninguna organización en concreto.”

En la T-474/95 trata de una demanda para que se impida la realización de una asamblea general convocada por quien ilegítimamente se atribuye la calidad de representante, a fin de tutelar el derecho de asociación y participación. La Corte declara que es tutelable constitucionalmente ante la clara ausencia de medios de defensa que para la protección del derecho de asociación, impidan la celebración de asambleas de miembros de corporaciones civiles, la indefensión de los peticionarios es patente. Cita a Bielsa: “El derecho de asociación también se viola, no ya cuando se la impone coactivamente, en forma directa o en forma indirecta, sino cuando se impide o traba la asociación arbitrariamente”. Un derecho se viola cuando su ejercicio se impide sin causa jurídica y también cuando se compele a que se ejercite contra la voluntad del titular. Con la acción de tutela se impide la realización de una asamblea convocada por quienes carecen de título jurídico para hacerlo. Evita la usurpación de funciones. Esta sentencia, revela que actos de usurpación de funciones, como convocatorias a asambleas generales, realizados por representantes que no tiene esa calidad, pueden tener cobertura constitucional y ser materia de tutela o amparo. Estos casos ocurren en nuestro país y los mismos no son planteados de esta forma en sede constitucional.

Como apreciamos, podemos afirmar que la Corte Constitucional Colombiana viene desarrollando el derecho de asociación en su jurisprudencia, encontrando un mayor desarrollo en el caso especial del derecho de asociación sindical.

Un caso interesante para nuestro derecho, es el que se presenta en la Ley de Desarrollo de la Acción de Tutela contra los Particulares, contar con una ley de esta naturaleza revela la importante protección del Derecho Constitucional colombiano a las violaciones de derechos que provienen de los particulares. Se establece que esta acción procede cuando existe una posición de predominio de un particular frente a otro, de manera tal que de no existir intervención

racionalizadora del Estado, quienes se hallan en posición de desventaja podrían ver seriamente afectados sus derechos fundamentales (Casasola 2010: 3). La subordinación hace referencia a una relación de dependencia jurídica entre dos o más sujetos. Se trata de una relación de desigualdad originada, fundamentalmente en el propio ordenamiento jurídico. Son relaciones de subordinación, entre otros, las de los miembros de ciertas personas jurídicas (como los sindicatos o las asociaciones) frente a los respectivos órganos de dirección. Esta relación de superioridad jerárquica debe estar definida en el ordenamiento jurídico, para que la parte subordinada pueda acudir a la acción de tutela como mecanismo de defensa de sus derechos fundamentales. Señala que la Corte Constitucional colombiana ha indicado que se produce indefensión cuando no existen en el ordenamiento jurídico mecanismos –administrativos o judiciales- para evitar la lesión de los derechos amenazados (Casasola 2010: 6-9).

La fórmula de protección del derecho de asociación que se ha encontrado en el Derecho Constitucional colombiano es muy interesante, a través de la acción de tutela contra las vulneraciones de derechos en las relaciones de subordinación, que se produce ente los asociados y los respectivos órganos de dirección.

Es relevante destacar, que la libertad de asociación no solo es vista por la Corte Constitucional como un poder jurídico del individuo frente al Estado, sino también como un poder jurídico del asociado frente al grupo asociativo. Con ello busca restaurar situaciones de desigualdad existentes en tales relaciones (T-100-1997, T-251-1993)¹⁹, se fundamenta en el derecho de igualdad y en el principio de dignidad humana.

1.10.2 ESPAÑA

¹⁹ Todas las sentencias citadas han sido encontradas en la página web de la Corte Constitucional Colombiana: www.corteconstitucional.gov.co

El derecho de asociación se encuentra muy desarrollado tanto a nivel doctrinario, jurisprudencial y legislativo. Muestra de ello es el artículo 22 de la Constitución española y la profusa doctrina que se ha generado a partir de esta norma constitucional. Asimismo, la existencia de una ley de desarrollo, la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo de 2002, reguladora del Derecho de Asociación, así como las leyes orgánicas autonómicas, que contienen normas sobre, disposiciones generales, constitución de las asociaciones, funcionamiento de las asociaciones, asociados, registro de asociaciones, medidas de fomento, garantías jurisdiccionales, consejos sectoriales de asociaciones y disposiciones adicionales, transitorias y finales.

Artículo 22 de la Constitución española:

- “1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.”

La STC 133/2006 declaró inconstitucional la disposición final primera apartado segundo, de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, en cuanto hace referencia al artículo 7.1 y al artículo 11.2, este último en el concreto inciso “y con las disposiciones reglamentarias que la desarrollen” por invadir competencia de las comunidades autonómicas. Para el Tribunal

Constitucional español son condiciones básicas que garantizan la igualdad todas las referentes a las cuatro facetas esenciales del derecho: libertad de crear asociaciones y de adscribirse a las creadas; libertad de no asociarse y de darse de baja; libertad de organización y funcionamiento interno y garantías de los asociados frente a las asociaciones. Teniendo en consideración estos aspectos el Tribunal analiza las concretas impugnaciones sobre la aplicación directa de determinados preceptos de la Ley y declara que es inconstitucional la disposición impugnada en los apartados referentes al art. 7.1 (los estatutos deben regular el régimen de administración, contabilidad y documentación, así como la fecha del cierre del ejercicio), dado su carácter formal, escasamente relacionado con los cuatro aspectos básicos antes señalados; también es inconstitucional la referencia al art. 11.2 en lo relativo al inciso de que la regulación en los estatutos del régimen interno, ha de respetar las disposiciones que se dicten en desarrollo de la LO 1/2002, ya que no precisa qué aspectos concretos requerirían desarrollo reglamentario, con lo que vaciaría las competencias legislativas de algunas Comunidades Autónomas.

Pelayo Olmedo señala que la promulgación constitucional del derecho de asociación fue relativamente tardía y vinculada al movimiento de democratización que impulsó la revolución de 1868 y su Constitución de 1869. Asimismo, que el inicio fue prometedor, pero las circunstancias históricas permitieron que la Administración impulsara actitudes de control sobre su ejercicio y de esta forma, lo que en origen fue una forma de conocer, o dar a conocer, la formación de una asociación acabó convirtiéndose en un proceso de afianzamiento de requisitos, modalidades y figuras administrativas que sugerían la validez de una actitud cada vez más intervencionista por parte del Estado. Considera que así se explica la institucionalización legislativa de elementos que acabaron sirviendo para controlar la formación de una asociación: En primer lugar, los fines, en segundo lugar, el orden público y finalmente, la función del Registro (2007).

Vidal Marín manifiesta:

“El mencionado precepto constitucional, a la vez que consagra el derecho de asociación, contiene las normas básicas o generales del mismo. Esto dicho no significa que la regulación del fenómeno asociativo no se agota en lo dispuesto en el artículo 22. La propia CE, en varios preceptos, contempla expresamente una pluralidad de entes de naturaleza asociativa, tales como partidos políticos (art. 6), sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales (art. 7), las confesiones religiosas (art. 16), etc. Y lo dispuesto en el artículo 22 de la CE es de aplicación a todas estas modalidades asociativas, sin perjuicio de las especialidades de régimen jurídico que para las mismas establezcan los mencionados preceptos constitucionales. En este sentido, ha puesto de manifiesto Santamaría Pastor que el artículo 22 constituye lo que podría denominarse Derecho común, a nivel constitucional, de todas las asociaciones (1985, pág. 428). Igualmente el TC, refiriéndose a los partidos políticos, ha señalado que el artículo 6 de la CE ha establecido unas condiciones específicas para aquellos, concernientes al respeto al orden constitucional y a su estructura interna de carácter democrático, los cuales se añaden pero no sustituyen a los del artículo 22 (STC 85/86, caso Partido Comunista de Aragón).

Este derecho público subjetivo, claro exponente de la sociabilidad natural del ser humano, es un auténtico derecho de libertad, lo que supone que tanto los poderes públicos como los particulares deberán abstenerse de realizar cualquier acto que impida o dificulte el ejercicio del mismo.

Constituye una cuestión polémica el hecho si el derecho fundamental de asociación requiere una intervención positiva por parte de los poderes públicos para hacer más efectivo el ejercicio del mismo. Ciertamente, en base al artículo 9.2 de nuestra norma fundamental podría deducirse la necesidad de dicha intervención estatal. Sin embargo, creemos que esta línea de interpretación es difícil de compartir, porque, tal y como ha puesto de manifiesto el más alto de nuestros Tribunales, siguiendo la doctrina sentada al respecto por la Comisión Europea de Derechos Humanos, del artículo 22 de la CE, que consagra el derecho de asociación, no puede deducirse que las asociaciones pueden solicitar del

Estado determinadas prestaciones para facilitar la consecución de los objetivos perseguidos por los mismos. Ahora bien, añade el Tribunal, lo anterior no significa que el legislador no pueda imponer determinadas medidas de apoyo positivo por parte de los poderes públicos a fin de conseguir la más plena eficacia de dichos derechos; “pero los eventuales derechos subjetivos que tales medidas positivas pueden generar a favor de los ciudadanos no integran el contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental, sino que constituyen meros derechos de creación legal” (ATC 162/95) (1998: 196-198).

Como puede advertirse, para el autor, la participación positiva de parte de los poderes públicos para hacer más efectivo el ejercicio del derecho no es parte del contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental; y efectivamente no lo es, porque no forma parte de la configuración del derecho el que el individuo pueda exigir determinadas acciones positivas respecto del derecho de asociación por parte del Estado, es más una obligación que como contraparte le corresponde al Estado en su rol de garante de los derechos fundamentales. Como recordamos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone un deber al Estado de garantizar el real y eficaz ejercicio de derecho de asociación a través de acciones positivas, en el sentido de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. La Corte admite que estas obligaciones positivas deben adoptarse no sólo en la esfera del ejercicio del derecho de asociación frente al Estado, sino adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso lo amerita.

Es profusa la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional español destacaremos las siguientes, sin perjuicio del desarrollo, en el curso del trabajo, de sentencias más precisas sobre determinado tema.

El TC en la STC 5/81 tempranamente reconoció que el derecho de asociación referido en el artículo 22.1 de la norma fundamental, abarca no sólo en su forma

positiva el derecho de asociarse, sino también, en su versión negativa, el derecho de no asociarse.

En la STC 67/1985 se consagró que el derecho de asociación reconocido en las modernas constituciones supone <la superación del recelo> con que el estado liberal contempló el fenómeno asociativo, de ahí que, en su vertiente positiva garantice la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de <todos los fines de la vida humana>, y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda indebida interferencia estatal.

En la STC 236/2007 de 7/11/2007, se ha declarado que el derecho de asociación está configurado “como una de las libertades públicas capitales de la persona, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad, viene a garantizar un ámbito de autonomía personal, y por tanto también el ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad’ (STC 244/1991, de 16 de diciembre). Este lugar destacado de la libertad de asociación es también un componente esencial de las democracias pluralistas, pues sin ella no parece viable en nuestros días un sistema tal, del que resulta, en definitiva, uno de sus elementos estructurales como ingrediente del Estado Social de Derecho, que configura nuestra Constitución y, por su propia naturaleza, repele cualquier ‘interferencia de los poderes públicos’ (STC 56/1995)” (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8; 104/1999, de 14 de junio, FJ 3).

En las sentencias STC 96/94, STC 179/94, STC 173/1998 de 23 de julio FJ 8, STC 104/1999 de 14 de junio FJ 4, STC 133/2006 de 27 de abril FJ 3 y STC 12/2008 de 29 de enero de 2008 del Tribunal Constitucional Español se destaca 4 facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación:

- libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas;

- libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, con las excepciones de las administraciones corporativas. Estas son organizaciones privadas de interés público, como los colegios profesionales;
- libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, y libertad de cláusulas estatutarias con el límite de la no violación de derechos fundamentales; y,
- como dimensión *interprivatos*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse.

En la ATC 162/95, auto que declara la inadmisión del recurso de amparo por carecer la demanda de contenido constitucional, se señala importantes aspectos de la naturaleza jurídica de la libertad de asociación, a propósito del recurso planteado contra el acuerdo de un club de fútbol de transformarse en sociedad anónima deportiva en base a lo dispuesto en la Ley del Deporte, que exigía en determinadas circunstancias a los clubes su transformación en sociedades anónimas deportivas para participar en competiciones oficiales.

En el citado auto el Tribunal Constitucional español señala:

“3. La vulneración del derecho de asociación constituye la segunda de las infracciones de derechos fundamentales denunciadas en la demanda. Ciertamente, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse con frecuencia acerca del margen de maniobra de que dispone el legislador para regular el fenómeno asociativo. Cuando se trata de Corporaciones de Derecho Público, o incluso de asociaciones privadas a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo -como sucede, por citar un caso próximo al que nos ocupa, con las Federaciones Deportivas (STC 67/1985)-, hemos venido manteniendo que las facultades del legislador se amplían

considerablemente, permitiéndose una más penetrante intervención del Estado en su organización, por cuanto se consideran entidades distintas de las asociaciones que puedan libremente crearse al amparo del art. 22 C.E. (por todas, SSTC 89/1989, 132/1989, 113/1994 y 179/1994). Pero no es éste el caso de los Clubes de Fútbol, que ya en la anterior Ley del Deporte se configuraban como asociaciones privadas a las que no se atribuía el ejercicio de función pública alguna (art. 11 de la Ley 13/1980), hallándose, pues, plenamente, bajo el ámbito de protección del art. 22 C.E. Ha de partirse, en consecuencia, para elucidar la cuestión planteada en la demanda, del contenido constitucionalmente protegido del derecho allí garantizado; acotación del ámbito del derecho que debe erigirse sobre el presupuesto de que «la asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y de permanecer unidos para cumplir los fines sociales» (STC 218/1988, fundamento jurídico 1.). Y, en concreción de esta premisa general, este Tribunal ha distinguido, junto a una dimensión negativa del derecho, que se plasmaría en la facultad de no asociarse (por todas, SSTC 5/1981, 45/1982, 67/1985, 89/1989, 121/1989, 132/1989 y 244/1991), una vertiente positiva, consistente en «la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de "todos los fines de la vida humana", y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda interferencia estatal» (STC 115/1987, fundamento jurídico 3.). Por tanto, y dicho sea sucintamente, la manifestación positiva del derecho de asociación abarca tanto la facultad de crear asociaciones, como la de establecer libremente la propia organización del ente creado por el acto asociativo (SSTC 218/1988, 185/1993, 96/1994 y 56/1995), siendo precisamente esta potestad de autoorganización sin injerencias públicas la que, a juicio de los recurrentes, habría resultado lesionada por las resoluciones impugnadas.

Pues bien, al aplicar estas directrices doctrinales al caso concreto, debe tomarse en consideración que, pese a lo que pudiera sugerir algún precepto de la vigente Ley del Deporte (como el párrafo 1. de la disposición transitoria primera), la transformación en Sociedades Anónimas Deportivas no se produce ope legis, sino en virtud de un acuerdo voluntario adoptado a tal propósito por los propios Clubes. Bajo este prisma, como atinadamente señala el Ministerio Fiscal, no puede estimarse lesionado ningún derecho de los solicitantes de amparo, pues resulta inobjetable que el derecho de asociación no comprende la facultad del socio

individual de exigir el mantenimiento del régimen jurídico de la asociación frente a las decisiones adoptadas en sentido contrario por sus órganos competentes de acuerdo con los Estatutos.

4. No terminan aquí, sin embargo, las alegaciones vertidas en la demanda en relación con la presunta lesión del derecho de asociación, aunque, tal vez, no hayan sido expresadas, con la suficiente claridad. Sea como fuere, su lectura atenta revela que, en sustancia, lo que defienden los recurrentes es que, con independencia de que formalmente se haya respetado la facultad de autoorganización ínsita en el reiterado derecho, la decisión adoptada por la entidad venía prácticamente impuesta por el legislador, al ofrecerse como incentivos para la transformación continuar participando en las competiciones oficiales y beneficiarse del Plan de Saneamiento. Es decir, la cuestión central estriba en determinar si dichos estímulos pueden estimarse tan intensos como para considerarlos una coacción, de tal modo que, al anular la libre voluntad de los socios, quepa identificarlos como una injerencia indebida del legislador en el ámbito del derecho de asociación. Ya en la STC 67/1985 (fundamento jurídico 4 B), en un supuesto semejante -la adscripción de los Clubes a las Federaciones en cuanto requisito para participar en las competiciones y acceder a las subvenciones-, este Tribunal se planteó si tales estímulos podían afectar a la libertad de asociación, aunque no despejó el interrogante al no haberse impugnado en la cuestión de inconstitucionalidad los preceptos pertinentes. Esta es, pues, la cuestión cuya resolución, entonces diferida, ahora habremos de abordar. Su dilucidación precisa, no obstante, por las razones que más abajo veremos, que se avance previamente en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación. Más concretamente, resulta pertinente discernir si, además de su tradicional vertiente de derecho de defensa -que se plasma en la reconocida exigencia de que los poderes públicos no interfieran ilícitamente en la esfera de libertad por él acotada-, cabría entender que el mismo requiere una intervención positiva del Estado por medio de la cual se garantice un más efectivo disfrute del derecho por parte de los ciudadanos. A tal objeto, recurrir a la jurisprudencia emanada del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -cuyo

art. 11.1 consagra la libertad de asociación- no solo resulta conveniente, sino necesario, habida cuenta de que, en virtud del art. 10.2 C.E., el contenido de los Tratados internacionales ratificados por España «se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución» (STC 36/1991, fundamento jurídico 5.; y, en la misma línea, las SSTC 64/1991 y 50/1995). Pues bien, en las escasas ocasiones en que los órganos europeos de control han debido abordar la cuestión que ahora nos ocupa han negado tajantemente que la libertad de asociación imponga a los Estados algo más que un mero deber de no injerencia. Así, en la Decisión de 6 de julio de 1977, la Comisión, tras definir esta libertad como la capacidad general de los ciudadanos para unirse en asociaciones, sin interferencias estatales, a fin de lograr diversos objetivos, afirmó que el art. 11 no garantizaba el derecho a la consecución efectiva de tales objetivos (demanda núm. 6.094/73, caso Asociación X c. Suecia). Línea jurisprudencial que le llevaría, obviamente, a entender que la libertad de asociación no comprende el hipotético derecho a recibir subvenciones (Decisión de 7 de mayo de 1979, demanda núm. 8.227/78). Y, en términos aún más concluyentes, en la Decisión de 14 de julio de 1981, la Comisión declaró que el art. 11 no requería que el Estado emprendiese una «acción positiva a fin de proveer a las asociaciones privadas de medios especiales que les faculten para la persecución de sus objetivos» (demanda núm. 9.234/81, caso Asociación X c. la República Federal Alemana).

En atención a lo expuesto, no puede sino llegarse a la conclusión de que no hay fundamento alguno que autorice a entender que el derecho de asociación consagrado por el art. 22 C.E. esté investido ya ex Constitutione de una dimensión prestacional, en virtud de la cual las asociaciones puedan exigir del Estado que desarrolle cierta actividad -en nuestro caso, la promoción de competiciones oficiales- o aporten determinados recursos -a través del Plan de Saneamiento- al objeto de facilitar el cumplimiento de los fines perseguidos por las mismas. Naturalmente, el legislador puede prever la intervención activa de los poderes públicos con la finalidad de lograr la más plena eficacia del derecho fundamental en cuestión; pero los eventuales derechos subjetivos que tales medidas positivas puedan generar en favor de los ciudadanos no integran el contenido

constitucionalmente declarado del derecho fundamental, sino que constituyen meros derechos de creación legal. Y, en consecuencia, al legislador corresponde libremente acordar su supresión o, como sucede en el presente caso, imponer a los potenciales beneficiarios determinados condicionantes de cuyo cumplimiento dependa el disfrute de la actividad promocional asumida por el Estado.

Siendo esto así, se hace evidente que tampoco puede prosperar la pretensión de los solicitantes de amparo relativa al derecho de asociación. En efecto, el hecho de que el legislador haya optado por exigir a los Clubes su transformación en Sociedades Anónimas Deportivas para participar en unas prestaciones, como las competiciones oficiales, sin las cuales -afirman los recurrentes- tales entidades perderían su razón de ser al resultar inalcanzable el primordial fin de la asociación, en nada ha afectado mediata o inmediatamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho garantizado por el art. 22 C.E. Pues, como hemos visto anteriormente, ni el mismo garantiza el derecho a la consecución efectiva de los fines para los que las asociaciones se constituyen, ni, menos aún, impone a los poderes públicos la obligación de adoptar medidas positivas destinadas a facilitar a las asociaciones la satisfacción de dichos objetivos.”

Importantes definiciones surgen de dicho auto, pues se señala:

- Cuando se trata de Corporaciones de Derecho Público, o incluso de asociaciones privadas a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo, como sucede, con las Federaciones Deportivas las facultades del legislador se amplían considerablemente, permitiéndose una más penetrante intervención del Estado en su organización. Este no es el caso de las asociaciones privadas, como es un club deportivo, a las que no se atribuye el ejercicio de función pública alguna, hallándose, pues, plenamente, bajo el ámbito de protección del art. 22 C.E.
- El derecho de asociación no comprende la facultad del socio individual de exigir el mantenimiento del régimen jurídico de la asociación frente a las decisiones

adoptadas en sentido contrario por sus órganos competentes de acuerdo con los Estatutos.

- El derecho de asociación no garantiza el derecho a la consecución efectiva de los fines para los que las asociaciones se constituyen, ni, menos aún, impone a los poderes públicos la obligación de adoptar medidas positivas destinadas a facilitar a las asociaciones la satisfacción de dichos objetivos.

En la STC 219/2001, FJ. 6, se acepta que en el registro se efectúe un control de justificación constitucional del acto que solicita inscribir la asociación.

En la STC 194/1998, FJ 4; se admite la pertenencia obligatoria a una asociación en algunos casos de asociaciones y colegios profesionales “cuando esté justificado por la necesidad de un interés público”.

Se reconoce que las vulneraciones de este derecho pueden ser causadas no sólo por el Estado, sino por particulares y la admisión de que el registro efectúe un control de constitucionalidad de la asociación, resulta relevante para el desarrollo de este derecho.

1.11 EL DERECHO DE ASOCIACION EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En los instrumentos internacionales se ha reconocido positivamente el derecho de asociación. Lo encontramos en los cuatro instrumentos fundamentales sobre derechos humanos originados en las Naciones Unidas: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo Facultativo de dicho Pacto y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo aparece, en el Convenio 87 de la OIT sobre las organizaciones de trabajadores y empleadores, en el Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva y, en la Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos.

- La Declaración Universal de Derechos Humanos

Consagra en su artículo 20 el derecho de asociación en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”

Como antecedentes cabe recordar que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se reconoció en su artículo 2 a la “asociación política”, sin embargo, ésta tenía por finalidad la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. No se reconoció la libertad de asociación, propiamente, porque como ya referimos ésta se encontraba proscrita por ser ajena a los ideales, valores y principios de la declaración.

En la Declaración de 1793, se reconoce la libertad de reunión pacífica (artículo 7) y la libre asociación (artículo 26), cuando en ésta se señala *“Ninguna parte del pueblo puede ejercer la representación del pueblo entero, pero cada sección del pueblo reunido en forma soberana, tiene derecho a expresar su voluntad con entera libertad”*. De esta manera se introduce de manera indirecta la libertad de asociación, pero su reconocimiento no fue pleno, hasta que aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Podemos apreciar que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, no sólo reconoce plenamente la libertad de asociación, sino que también introduce el derecho de no asociarse.

La libertad de asociación se protege desde su aspecto positivo y también negativo, lo cual es inherente a la esencia misma de libertad.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptados el 16 de diciembre de 1966

El Pacto establece en su artículo 22 lo siguiente:

“1. Toda persona tiene el derecho de asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho solo podrá 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 pública, o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas o la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él, ni aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías”.

Como podrá advertirse se reconoce el derecho de asociación y como extensión de este derecho, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos, así como las posibles restricciones necesarias en una sociedad democrática, sólo de carácter legal, en aras de la seguridad nacional y pública, del orden público, de la

protección de la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Así, no podrá ejercerse este derecho vulnerando otros derechos o bienes reconocidos.

Se establecen restricciones a las fuerzas armadas y a la policía. Señala Rubio, que el derecho de asociación de los miembros de las fuerzas armadas y la de la policía es restringido, mientras está en servicio activo y, que esta limitación está dirigida, sobre todo, a la asociación política o sindical (1998: 27).

El Primer Protocolo Facultativo del Pacto es un tratado internacional que busca asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; es un protocolo que establece mecanismos para que las personas puedan iniciar denuncias contra los Estados miembros.

- El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del mismo origen y fecha del Pacto de Derechos Civiles y Políticos adoptado el 16 de diciembre de 1966

Este pacto no recoge el derecho asociación, se refiere al particular derecho de asociación de los trabajadores: el derecho de sindicación. Así, teniendo en cuenta el sindicato y los derechos fundamentales involucrados se presenta: el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a estos; el derecho de los sindicatos a fundar federaciones o confederaciones nacionales y el derecho de éstas, de fundar confederaciones internacionales, o a afiliarse a las mismas; y, el derecho de huelga.

El artículo 8 establece:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) *El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*

b) *El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;*

c) *El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*

d) *El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.*

2. *El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.*

3. *Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”*

De otro lado, también es importante mencionar, aunque no aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, la Convención Europea sobre la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales adoptada en 1950 y modificada por diversos protocolos.

En su artículo 11 reconoce el derecho de reunión y de asociación, de la siguiente manera:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.”

No incluye mayores cambios en la concepción del derecho fundamental de asociación, sin embargo, lo relevante de la Convención Europea es que introduce el control judicial de los derechos a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En nuestro sistema interamericano contamos con:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1949

El artículo XXII señala lo siguiente:

“Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.”

Regula el derecho de asociación de manera llana, estableciendo los diversos ámbitos en que éste puede ejercerse vinculado a los intereses legítimos de cualquier orden.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969

La Convención Americana al igual que la Convención Europea crea una Corte competente para interpretar y evaluar casos de violación de los derechos reconocidos en su texto.

Recoge en términos similares al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la libertad de asociación en su 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.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.”

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988) precisa aspectos concretos de la libertad de asociación en materia sindical.

- El Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948 y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949. Ambos regulan el derecho de asociación de los trabajadores y empleadores.

El primero de ellos establece lo siguiente:

“Parte I

Libertad Sindical

Artículo 1

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes.

Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 4

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Artículo 5

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Artículo 6

Las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores.

Artículo 7

La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio.

Artículo 8

1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

Artículo 9

1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.

2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un Miembro no deberá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio.

Artículo 10

En el presente Convenio, el término "organización" significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.

Parte I

Protección del derecho de sindicación

Artículo 11

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación."

Si bien es cierto el Convenio 87 se refiere al derecho de sindicación de trabajadores y empleadores, distinguiéndose claramente del derecho de asociación, no puede soslayarse que contiene aspectos que también se presentan en el derecho de asociación, como el no requerirse de autorización previa para ejercer el derecho, que para su ejercicio sólo se exige la condición de observar el estatuto de la organización, el reconocimiento del derecho de autoorganizarse libremente y que no pueden disolverse administrativamente.

- La Convención sobre los Derechos del Niño (Firmada por el Perú el 26 de enero de 1990)

En su artículo 15 señala:

"1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás".

Lo relevante de este instrumento internacional es que consagra como derecho de los niños, al derecho de asociación.

Como puede apreciarse, el derecho de asociación tiene un histórico y trascendental reconocimiento en los diversos instrumentos internacionales y deben aplicarse sus normas directamente conforme al artículo Cuarto de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política peruana.

1.12 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES INTERNACIONALES

- La Corte Interamericana de San José se ha pronunciado sobre el artículo 16 de la Convención Americana, en los siguientes casos:

- Caso Baena y otros contra Panamá, sentencia sobre el fondo del 2 de febrero de 2001. En lo que concierne a la libertad de asociación se señaló:

“156. Al considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del derecho respectivo. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.”

157. El Preámbulo de la Constitución de la OIT incluye el “reconocimiento del principio de libertad sindical” como requisito indispensable para “la paz y armonía

universales".²⁰

158. *Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos.*

159. *La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, "[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato".*

(...)

168. *La Convención Americana es muy clara al señalar, en el artículo 16, que la libertad de asociación sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, y que se establezcan en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás.*

169. *Es importante aclarar que la expresión "ley" señalada en el artículo 16 de la Convención, debe interpretarse de acuerdo con lo establecido anteriormente por este Tribunal, a saber:*

*[...] no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los*

²⁰ Cita de la sentencia: cfr. OIT. Convenio Número 87 Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, de 17 de junio de 1948 y Convenio Número 98 Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, de 8 de junio de 1949.

derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. La expresión **leyes**, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo **leyes** cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana.²¹

170. Asimismo, la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.²²

171. Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho a la libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta las afirmaciones contenidas en la demanda de la Comisión, las constancias que figuran en el expediente y las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver el caso No. 1569, las cuales no fueron contradichas o desvirtuadas por el Estado, en relación con los siguientes hechos: a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los

²¹ Cita de la sentencia: La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 26 y 27.

²² Cita de la sentencia: cfr. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra nota 64, párr. 28.

sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales.

172. No ha sido demostrado ante la Corte que las medidas adoptadas por el Estado fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; en suma, la Corte estima que dichas medidas no cumplieron con el requisito de “necesidad en una sociedad democrática” consagrado en el artículo 16.2 de la Convención.

173. En razón de lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores relacionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.”

En este caso la Corte consideró que el Estado vulneró el derecho de asociación al emitir una ley restrictiva del derecho con medidas que no salvaguardaron el orden público y no cumplieron con la necesidad de una sociedad democrática.

- Caso Escher y otros vs. Brasil, sentencia del 6 de julio de 2009. La Corte destaca:

“169. El artículo 15 de la Convención Americana consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 del mismo tratado presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos. A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención. Ante lo anterior, y considerando que los argumentos de las partes en este caso versan principalmente sobre posibles

restricciones injustificadas del Estado a la libertad de asociación de los miembros de COANA y ADECON, la Corte procederá a analizar exclusivamente si el Estado violó en perjuicio de las víctimas el derecho consagrado en el artículo 16 de la Convención.

(...)

171. La Corte ha señalado que el artículo 16.1 de la Convención Americana establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Se trata, pues, del derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad²³.

172. Además de las obligaciones negativas mencionadas, la Corte Interamericana ha observado que de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita²⁴.

173. La Corte destaca que la Convención Americana reconoce el derecho de asociarse libremente, y al mismo tiempo establece que el ejercicio de tal derecho puede estar sujeto a restricciones previstas por ley, que persigan un fin legítimo y que, en definitiva, resulten necesarias en una sociedad democrática. En ese sentido, el sistema establecido por la Convención resulta equilibrado e idóneo para armonizar el ejercicio del derecho de asociación con la necesidad de prevenir e investigar eventuales conductas que el derecho interno califica como delictivas.

²³ Cita de la sentencia: Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 46, párr. 156; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 144, y Caso Kawas Fernández, supra nota 35, párr. 143.

²⁴ Cita de la sentencia: Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 76; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, supra nota 153, párr. 144 y Caso Kawas Fernández, supra nota 35, párr. 144.

(...)

180. (...). *En consecuencia, el Tribunal encuentra acreditado que el monitoreo de las comunicaciones telefónicas de las asociaciones sin que fueran observados los requisitos de ley, con fines declarados que no se sustentan en los hechos ni en la conducta posterior de las autoridades policiales y judiciales y su posterior divulgación, causaron temor, conflictos y afectaciones a la imagen y credibilidad de las entidades. De tal manera, alteraron el libre y normal ejercicio del derecho de asociación de los miembros ya mencionados de COANA y ADECON, implicando una interferencia contraria a la Convención Americana. Con base en lo anterior, el Estado violó en perjuicio de los señores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni el derecho a la libertad de asociación reconocido en el artículo 16 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado.”*

Este caso es una muestra de que el Estado además de sus obligaciones negativas de no intervención tiene obligaciones positivas referidas a la prevención de los atentados contra el derecho mismo, a la protección de quienes la ejercen y a la investigación de las violaciones de dicho derecho.

- Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz. Sentencia del 10 de julio de 2007.

“148. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución de Saúl Cantoral Huamaní y Consuelo García Santa Cruz tuvo un efecto amedrentador e intimidante en los trabajadores del movimiento sindical minero peruano. En un contexto como el del presente caso, tales ejecuciones no restringieron sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de un grupo determinado para asociarse libremente sin miedo o temor, es decir, se afectó la libertad de los trabajadores mineros para ejercer este derecho. Por otra parte, dicho efecto intimidante se acentúa y hace mucho más grave por el contexto de impunidad que rodea al caso.

149. *En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad de asociación establecido en el artículo 16 de la Convención Americana, en relación con el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Saúl Cantoral Huamaní y de Consuelo García Santa Cruz.*”

Tenemos entonces, que la Corte ha señalado que es legítima la intervención del Estado cuando el derecho de asociación se ejerce con miedo o temor, se condena el “efecto amedrentador e intimidante”, porque esto vulnera el derecho mismo del afectado y de los demás miembros del grupo.

- Caso Huillca Tecse vs. Perú. Sentencia del 3 de marzo de 2005, si bien trata la libertad sindical, es plenamente aplicable al derecho de asociación:

69. *El artículo 16.1 de la Convención comprende el “derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”. Estos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. Además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad. Por lo tanto, la ejecución de un líder sindical, en un contexto como el del presente caso, no restringe sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 16 tiene un alcance y un carácter especial. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de asociación.”*

“76. *La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el ejercicio efectivo de la libertad de asociación no puede ser reducido a una mera obligación por parte*

del Estado de no interferir: un concepto solamente negativo no sería compatible con el objeto y propósito del artículo 11 [del Convenio Europeo, el cual] en algunas ocasiones requiere la adopción de medidas positivas, aún en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita (Eur. Court H.R. Plattform “Ärzte für das Leben” v Austria, Judgment of 21 June 1988, Series A no. 139, par. 32; y cfr. Eur. Court H.R. Gustafsson v Sweden, Judgment of 25 April 1996, Reports 1996-II, par. 45)”.

“77. Este Tribunal considera que el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla²⁵. En este sentido, un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica²⁶. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses²⁷.

78. Por todo lo anterior, el Tribunal considera que, en el presente caso, el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho.”

Igual que en caso anterior, se reconoce que la libertad de asociación implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla. Este ejercicio debe hacerse sin

²⁵ Cita de la sentencia: Cfr. Eur. Court H.R. Young, James and Webster v United Kingdom, Judgment of 13 August 1981, Series A N° 44, par. 52.

²⁶ Cita de la sentencia: Cfr. Eur. Court H.R. Young, James and Webster v United Kingdom, supra nota 18, párr. 56; y Eur. Court H.R. Plattform “Ärzte für das Leben” v Austria, supra nota 17, párr. 32.

²⁷ Cita de la sentencia: Cfr. Eur. Court H.R. Plattform “Ärzte für das Leben” v Austria, supra nota 17, párr. 32.

el temor de violencia alguna, el Estado debe garantizar que no ocurra el “efecto amedrentador” que disminuya la libertad del grupo de ejercer el derecho. Esta sentencia y la anterior inciden en las obligaciones positivas del Estado, incluso en la esfera de las relaciones entre privados.

- Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia del 3 de abril de 2009.

“152. En el Capítulo VII la Corte dio por demostrado que al menos un agente del Estado participó en los hechos que terminaron con la vida de la señora Blanca Jeannette Kawas Fernández y que dichos actos estuvieron motivados en el trabajo de defensa del medio ambiente realizado por la señora Kawas Fernández a través de la fundación PROLANSATE, en particular el trabajo de denuncia y oposición frente a la explotación de los recursos naturales de ciertas áreas protegidas en el municipio de Tela. Este Tribunal considera que su muerte, de manera evidente, resultó en una privación de su derecho a asociarse libremente.

153. Como lo ha valorado en otros casos²⁸ es indudable que estas circunstancias también han tenido un efecto amedrentador²⁹ sobre las otras personas que se dedican a la defensa del medio ambiente en Honduras o se encuentran vinculadas a ese tipo de causas. Efecto intimidante que se acentúa y se agrava por la impunidad en que se mantienen los hechos (supra párr. 68).

154. En el caso sub judice, además, se ha demostrado que durante la década posterior a la muerte de Blanca Jeannette Kawas Fernández cinco personas

²⁸ Cita de la sentencia: Cfr. García Santa Cruz. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 183, párr. 147.

²⁹ Cita de la sentencia: Cfr. declaración de Rafael Sambulá rendida ante la Corte Interamericana, supra nota 25. En dicha declaración el testigo manifestó que “al inicio pues nos provocó bastante nerviosismo y pánico a todo el personal que laborábamos para la fundación, los familiares empezaron a reclamarle a los compañeros que por favor tuvieran cuidado, que nos podía pasar lo mismo que le pasó a doña Jeannette, ella como una persona muy garante y que inspiraba mucha confianza en la organización y a la gente que también nos ayudaba, nos ha apoyado [...]”.

perdieron la vida, a causa de su trabajo por la defensa del medio ambiente y los recursos naturales en Honduras³⁰ (supra párr. 69).

155. En consecuencia, el Tribunal considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad de asociación establecido en el artículo 16.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Blanca Jeannette Kawas Fernández.”

Se hizo responsable al Estado de la violación del derecho a la libertad de asociación por el efecto intimidatorio y amedrentador que ejerce sobre personas que se dedican a la protección del medio ambiente.

De los casos expuestos podemos extraer las siguientes precisiones hechas por la Corte Interamericana:

- Los casos se refieren a vulneraciones del Estado del derecho a la libertad de asociación. La mayoría de ellos a violaciones de la libertad sindical.
- Los casos dan muestras que el ejercicio del derecho de asociación aun es susceptibles de vulneraciones por parte del Estado.
- La libertad de asociación sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, y que se establezcan en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública o de la moral pública, o de los derechos o libertades de los demás. La ley referida no es cualquier norma si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. Asimismo, se requiere que las leyes se dicten por razones de

³⁰ Cita de la sentencia: En 1996 fue asesinado Carlos Escaleras, líder popular del Valle de Aguán Hondureño; en 1998 fue asesinado Carlos Luna, activista ambiental; en 2001 fue asesinado Carlos Flores, líder comunal y activista ambiental de Olancho; y en 2006 fueron asesinados Heraldo Zúñiga y Roger Iván Cartagena, miembros del Movimiento Ambientalista de Olancho (MAO). Cfr. oficio No. FEDH-575-2008 de 2 de julio de 2008, *supra* nota 78.

interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Así, Las medidas que adopte el Estado deben cumplir con el requisito de ser “necesarias en una sociedad democrática”, como puede ser la necesidad de prevenir e investigar eventuales conductas que el derecho interno califica como delictivas.

- Para el real y eficaz ejercicio de derecho de asociación se requiere que las autoridades públicas cumplan con sus obligaciones negativas y positivas. Negativas en el sentido de permitir el agruparse con la finalidad de buscar la realización de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad; y, positivas en el sentido de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. La Corte admite que estas obligaciones positivas deben adoptarse no sólo en la esfera del ejercicio del derecho de asociación frente al Estado, sino adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso lo amerita.

- Un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses.

- Ahora bien, es interesante revisar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para conocer los casos en los que ha tenido oportunidad de pronunciarse y los criterios que ha establecido. Así, respecto del artículo 11 del Convenio sobre la Protección de Derechos Humanos, señala (CITRONI 2004: 125-148):

- Sobre los partidos políticos:

- United Communist Party of Turkey (TBKP) y otros contra Turquía de 1998.

“La Corte, analizando el texto del artículo 11, afirma que el mero hecho de que sean nombrados expresamente solo los sindicatos, no excluye per se a los partidos políticos: la utilización de la palabra “including” demuestra la intención de proporcionar un ejemplo y nada más de lo que se entiende por asociación. Además, según la Corte, los partidos políticos son “(...) a form of association esencial to the proper functioning of democracy” y, entonces, no cabe duda de que están protegidos por el artículo 11.

Coincidiendo con la Corte e ingresando al fondo del asunto, se debe señalar que la disolución de un partido político es una clara y manifiesta interferencia con el ejercicio del derecho de asociación, pero podría ser de todos modos justificada, siempre que, según lo establecido en el párrafo 2 del artículo 11, dicha interferencia:

- 1. Esté prevista por la ley. (...).*
- 2. Tenga una finalidad legítima. (...).*
- 3. Sea necesaria en una sociedad democrática. Por lo que concierne al concepto de “sociedad democrática” la Corte atiende que el artículo 11 tiene que ser considerado junto con el artículo 10 (libertad de expresión), ya que ambos son garantía de democracia y pluralismo. (...).”(CITRONI 2004: 126).*

- Otros casos similares al anterior son: el de 1999, conocido por el nombre de Freedom and democracy Party (ÖZDEP) contra Turquía; el de 2002 Yazar, Karatas, Aksoy y el Partido del Trabajo Popular (HEP) contra Turquía; el de 2003 Refah Partisi (*Welfare Party*) y otros contra Turquía, en los que la Corte para evaluar si hubo violación del artículo 11 por parte del Gobierno turco fueron los mismos ya enunciados en el párrafo precedente. En este último caso, por primera

vez la Corte no considera que la disolución de un partido sea una violación de la libertad de asociación (CITRONI 2004: 128-136).

- Rekvényi contra Hungría del 20 de marzo de 1999. En este asunto, el peticionario denunciaba una violación de su libertad de asociación, porque como policía no podía, según previsión legislativa, tomar parte en una actividad política ni ser miembro de un partido político. La Corte evaluó el artículo 11 a la luz de lo establecido por el artículo 10 de la Convención (libertad de expresión) y concluyó que no hubo violación porque había una finalidad legítima para decretar la medida según párrafo 2 del mismo artículo 11 (seguridad nacional y prevención del desorden). El juez Fishbach, en opinión discordante, consideró –basado en la literalidad del artículo 11, así como en los trabajos preparatorios de la Convención Europea- que hubo violación del artículo 11 porque una restricción de la libertad de asociación no sólo debe ser prevista por la ley y justificada bajo uno de los criterios nombrados en el párrafo 2 del artículo 11 sino, también, ser “necesaria en una sociedad democrática” (CITRONI 2004: 135).

- Sobre la libertad sindical:

- El derecho de huelga: Schmidt, Dahlstrom contra Suecia de 1976. UNISON contra Gran Bretaña de 2002. La Corte afirma que si bien el derecho a la huelga es una forma de ejercer el derecho de asociación, no es la única. Asimismo, reconoce al Estado, un gran margen de discrecionalidad a efectos de determinar cuál de estas formas es la mejor. En tanto el Estado prevea en su legislación la existencia de estos otros mecanismos de protección, no habrá incumplido el derecho de asociación de sus ciudadanos (CITRONI 2004: 136-137).

- Libertad sindical negativa: Young, James y Webster contra Gran Bretaña de 1981:

“La Corte de Estrasburgo consideró que insertar en un contrato de trabajo una cláusula que impone elegir entre adherirse a un sindicato o perder el trabajo implica una violación del artículo 11. Los dos principios en los cuales se fundamenta la decisión son los de proporcionalidad y conveniencia: en el caso concreto, hubo una clara desproporción entre el daño sufrido por los querellantes y la tutela de los “derechos de los otros”.

Sin embargo, la sentencia tuvo dos opiniones separadas y una disidente. La primera opinión separada señalada por siete jueces, consideró que las argumentaciones expresadas por la mayoría de la Corte no parecían responder plenamente a la finalidad perseguida por la libertad de asociación garantizada en la Convención.

Los trabajos preparatorios de la Convención Europea, aunque no sean decisivos en la interpretación muestran que no era considerado deseable insertar expresamente la libertad sindical negativa en el texto del artículo 11, porque, al momento de la redacción de la Convención muchos Estados en sus legislaciones consideraban como legítimas cláusulas como la contenida en el contrato bajo comentario. Sin embargo, para los siete jueces que redactaron la opinión separada, este argumento no era válido para excluir una violación del artículo 11. Por otro lado, en la opinión separada, se sostiene que al no querer adherirse a un sindicato es un derecho que no necesita ser justificado por la libertad de pensamiento o expresión o conciencia: el mero hecho de deber justificarse representa una violación de la libertad de asociación.

Los jueces que formularon la opinión disidente hicieron también alusión a los trabajos preparatorios, considerando que la voluntad de no incluir la libertad negativa en el texto de la Convención muestra claramente el deseo de dejar el asunto a cada Estado según su sensibilidad sobre la cuestión. Además, la libertad negativa y positiva no estarían conectadas entre sí, sino que se trataría de dos libertades distintas y autónomas, entre las cuales sólo el derecho de formar sindicatos sería reconocido y garantizado por la Convención Europea.” (CITRONI 2004: 138).

- Otro caso similar es el Sibson contra Gran Bretaña de 1993. La Corte declaró que el hecho de obligar a un trabajador a sindicalizarse no es contrario a la Convención, pues es necesario que en el caso en concreto sea lesionada la más íntima sustancia de la libertad de asociación, y eso no habría sucedido en este caso. Siete de los nueve jueces consideraron que no hubo violación del artículo 11. Los otros dos jueces, que reiterando los argumentos presentados en el caso precedente, consideraron como violado el artículo 11 (CITRONI 2004: 138-139).

- El caso Sigurjonsson contra Islandia de 1993.

“La Corte de Estrasburgo, para evaluar si hubo violación del artículo 11, ingresó al análisis de la naturaleza jurídica de la asociación. El sindicato tenía naturaleza y funciones exclusivamente administrativas (controlar y reglamentar el número de taxistas en la capital). La Corte lo consideró como una asociación de derecho privado y, como tal, protegida por lo dispuesto por el artículo 11 de la Convención Europea, porque su estatuto establecía como fines: “la promoción de la solidaridad entre los afiliados, la limitación del número de taxistas en la capital y el deber de representación de los afiliados frente a la autoridad pública.”

Lo que hace este caso especial es la fuente de la obligación de adhesión al sindicato: era la ley la que imponía la inscripción al sindicato como requisito para obtener la licencia de taxista, en cuestión, justificó la cesación del pago de la cuota anual de inscripción diciendo que él no estaba de acuerdo con la política de limitación del número de taxistas, sino que prefería una liberalización del sector.

Analizando entonces el artículo 11 en relación con los artículos 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y 10 (libertad de expresión), la Corte sostuvo que hubo violación del artículo 11 porque la interferencia ejercida por la ley era injustificable según lo dispuesto por el párrafo 2 del mismo artículo.” (CITRONI 2004: 139).

- El caso O.V.R. contra Rusia de 1998.

“El recurso fue presentada por una notaria que sostenía la violación del artículo 11, porque, según la ley rusa, no era posible practicar la profesión de notario sin adherirse a una asociación de notarios y pagar una cuota de participación que la querellante, en el caso concreto, consideraba demasiado alta.

La Corte luego de haber analizado el caso, lo declaró inadmisibile porque las “asociaciones de reglamentación” de las profesiones liberales no son comparables a los sindicatos y no caen bajo la previsión del artículo 11. Dichas asociaciones tienen como objeto la reglamentación y la promoción de las profesiones, y ejercen, al mismo, tiempo, importantes funciones de orden público. Pueden, entonces, ser consideradas estructuras estatales y no son comparables a los sindicatos (CITRONI 2004: 140).

- Sobre la libertad de asociación en general.

- El caso Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani contra Italia del año 2001, sobre afiliación a asociaciones masónicas:

“La región italiana “Marche” tenía una ley de naturaleza regional que prohibía el acceso al sector público a aquellas personas inscritas en cualquier orden de masonería y requería que todo postulante, para ser contratado como empleado, debía llenar una declaración en el sentido de no ser masón.

El peticionario en el presente caso, era una asociación masónica italiana reglamentada por el derecho privado.

La Corte estimó que el artículo 11 podía ser aplicado a la asociación en cuestión, a pesar que las autoridades nacionales consideraban que sus actividades podían llegar a constituir una amenaza a los fundamentos constitucionales del Estado. La Corte señaló que la interferencia ejercida era el resultado de una disposición legislativa, cuya finalidad era la de garantizar la seguridad nacional y de proteger el

orden público. Sin embargo, la disposición de la ley italiana citada habría podido provocar daños a la asociación, al desalentar las inscripciones a dicho movimiento. Evaluando si la medida era “necesaria en una sociedad democrática” –aunque en realidad muy pocos de los afiliados a la asociación habrían sido puestos ante el dilema de elegir entre la asociación y el trabajo- la Corte estimó que la libertad de asociación era de tal importancia que no podía ser restringida, y que ese principio habría sido válido aun si la asociación hubiese tenido un solo miembro como candidato para un empleo público (en tanto la persona en cuestión no hubiese cometido algún acto condenable en relación a su afiliación masónica).

La medida no era, entonces, necesaria en una sociedad democrática. Además, aunque el párrafo 2 del artículo 11 permita a las autoridades administrativas del Estado restringir el goce de la libertad de asociación, la Corte afirmó que, en el presente caso, la asociación peticionaria tampoco había podido solicitar un control de constitucionalidad de las medidas adoptadas por el Estado, hecho que también contribuyó a la declaración unánime de violación del artículo 11 por la Corte.”(CITRONI 2004: 145-146).

- Un caso similar es N. F. contra Italia del año 2001. En este caso, la Corte declaró violado el artículo 11 sólo por cuatro votos contra tres. Se consideró que es posible que un juez se afilie a una asociación masónica, la Corte consideró la sanción disciplinaria al juez como una interferencia a la libertad de asociación del querellante y que la prescripción legislativa no era clara al respecto (CTRONI 2004: 146-1467).

Podemos apreciar de la jurisprudencia expuesta, que la misma aún debe ser consolidada. No hay realmente un desarrollo fuerte sobre materias específicas del derecho de asociación. Aunque consideramos que la Corte Interamericana sí ha tenido la oportunidad de hacerlo un poco más, tal vez sea por los casos trascendentales que ha resuelto. Notamos que no hay pronunciamientos sobre las vulneraciones del derecho de asociación entre privados que hayan llegado a dichas Cortes.

1.13 NUEVOS RETOS DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación merece ser reconfigurado en nuestro país, no está siendo correctamente ejercido y tampoco está siendo suficientemente protegido. Pese a la antigüedad de su existencia, no es un derecho acabado sobre el que no aparezcan nuevas amenazas.

Siguiendo a Peces-Barba, incidimos en que una serie de amenazas nuevas pesan sobre el derecho de asociación, por lo que se necesita de una nueva reflexión que puedan conducir a nuevas dimensiones de este derecho fundamental. Así, el nuevo corporativismo, que si bien el autor lo relaciona con lo que sucede en los partidos políticos, es perfectamente aplicable a lo que está ocurriendo con las asociaciones propiamente dichas, pues, una peligrosa patología está cambiando los centros neurálgicos de poder a algunos de esos grupos, que resucitan nuevos desconocimientos de los derechos que afectan a los individuos. Las asociaciones se independizan de sus autores, olvidándose del interés inicial de éstos; también en sus normas interiores los asociados pueden verse privados o disminuidos en el ejercicio de derechos como el de participación en las decisiones de la asociación, o a las garantías procesales (1999: 171-172). Estas afirmaciones se encuentran vigentes y tendremos oportunidad de comprobarlo cuando veamos los casos concretos.

Por ello, es relevante estar atento a las amenazas que pesan sobre el derecho de asociación pues como señala Bobbio, citado por Peces-Barba:

Los derechos (...) nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente el progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien nuevos remedios a su indigencia; amenazas que se desactivan con la exigencia de

límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras al mismo poder. A las primeras corresponden los derechos de libertad o a una abstención del Estado, a las segundas, los derechos sociales o a un actuar positivo del Estado (...) (Peces Barba 1999: 198)

Los abusos del poder privado al interior de los grupos asociativos, merecen una respuesta, esta vez no será de un deber de abstención por parte del Estado frente a este derecho de libertad, como propone Bobbio sino de un actuar positivo del Estado, como tendremos oportunidad de plantear.

Añade Peces Barba, que en relación con los poderes constituidos para Bobbio las demandas son en resumen dos, "(...) o impedir sus maleficios u obtener sus beneficios (...)". Peces-Barba, considera que lo señalado por Bobbio es insuficiente como fundamento de los Derechos Fundamentales. No cree que las funciones de los derechos sean sólo dos: limitar al poder y reclamar beneficios al poder:

(...) además de limitar al poder, el análisis histórico demuestra cómo el objetivo de algunos derechos es el de compartir el poder, de extender al mayor número de personas posibles la cuota de poder, reservada hasta entonces a una minoría. En este caso, el poder no es solo algo externo a detener, sino al que nos queremos incorporar, y sumar nuevas voluntades a la formación de la voluntad del poder. Son los derechos de participación. Esta segunda función de compartir el poder se dará inicialmente en relación con lo político, y nos encontraremos con los derechos de participación política, como el de sufragio universal, pero se extenderá también al poder económico y cultural, con los poderes económicos, culturales y sociales. Así la función que añade de compartir el poder modificará el sentido de la segunda que formula Bobbio de obtener los beneficios del poder. No podemos entenderla como si el poder fuese totalmente exterior al individuo que solicita los remedios de intervenciones protectoras, sino en una situación de tendencia similar a los de los derechos políticos, donde los destinatarios de los actos de poder, son a la vez partícipes en la formación del mismo. Si la tendencia histórica marcada con la función que añadimos de compartir también poder económico y cultural, se

consolida podremos decir completamente y se puede decir en parte ya en la actualidad, que los destinatarios de los beneficios del poder participan también en la formación de los criterios para su constitución, supliendo el monopolio de la cultura, e incluso de la riqueza que los genera, con la valoración del trabajo y no solo del capital (1999: 198-199).

Esas consideraciones, que adoptamos, nos servirán para afrontar las soluciones a los conflictos que se presentan en el ejercicio actual del derecho de asociación, pues la propuesta de Peces-Barba es plenamente aplicable al ejercicio del derecho de asociación hoy en día. Las amenazas ya no provienen del Estado sino del propio grupo asociativo, se hace necesario por ello garantizar el ejercicio del derecho de asociación dentro del propio grupo asociativo. Compartir el poder es lo que debe hacerse al interior del mismo, ya que los destinatarios de los actos de poder, son a la vez partícipes en la formación del mismo. El poder debe ser nuevamente redistribuido al interior de la organización jurídica, el poder no solo le corresponde a los que dirigen la asociación.

Es interesante considerar como lo hace el citado autor, que es necesario abordar la nueva problemática, tal vez a través del proceso de especificación, ahora sí reformulando sus alcances, teniendo en cuenta el nuevo centro de poder. Será preciso entonces, considerar lo que nos dice Peces-Barba, que el derecho de asociación surgió dentro del contexto del modelo democrático y no dentro del modelo liberal de los derechos en el que se presenta la idea de libertad como no interferencia, como creación de un espacio libre a través del Derecho para el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada. Mientras que el modelo democrático que se nutrirá de liberales igualitarios y de socialistas liberales, pretende fundamentar y organizar la participación de los miembros de la sociedad civil en el poder político. Su finalidad no es limitar el poder, sino extenderlo, haciendo participar a los ciudadanos en la formación de su voluntad. No surgió propiamente dentro del modelo liberal que pretende limitar el poder y fijar las reglas de su relación con la autonomía de los ciudadanos. Se trata de esclarecer

cómo se actúa por el poder, con qué procedimientos y con qué límites, y qué espacio libre queda para la acción de los particulares. Sus principales expresiones serán el derecho de asociación, el derecho de sufragio, y el derecho a la participación política (1999: 201-203). Sirve tener en cuenta el principio democrático en el derecho de asociación, porque siempre será necesario establecer límites al poder privado, sin embargo debe quedar espacio para la acción de los particulares. Este es el dilema y esto debe discutirse: cómo concordar estos espacios.

En esa línea, Borda da cuenta de algo que está sucediendo en la actualidad, un verdadero *boom* de asociaciones; observamos a diario su crecimiento. “Con el correr de los años se han ido convirtiendo en verdaderas empresas, poderosas en lo económico y aun en lo político. Muchos de sus dirigentes, hombres de inmensa fortuna amasada a su amparo, no tienen otros ingresos que los provenientes de las instituciones que dirigen, lo que demuestra claramente que el lucro es parte hoy de estas instituciones de bien público” (2005: 60).

Como señaláramos, ya no resulta relevante la relación Sociedad Civil-Estado, dado que actualmente las amenazas al derecho de asociación no provienen del poder del Estado, sino que provienen del mismo grupo asociativo, concretamente de los órganos directivos, se han convertido así, en un nuevo centro de poder que resucita nuevos desconocimientos de los derechos que afectan a los asociados o a los particulares que desean relacionarse a la organización. Están surgiendo en nuestro país asociaciones con mucho poder económico, no obstante no tener fines de lucro, que están trasladando a su seno relaciones verticales, que requieren ser corregidas en el plano constitucional.

Nos referimos al derecho de asociación que se ejerce en las organizaciones en las que prima la libertad y dejamos al margen, a aquellas asociaciones que se encuentran vinculadas al poder estatal, como los partidos políticos, los sindicatos,

los colegios profesionales, entre otras; así como las organizaciones empresariales, como las sociedades.

Ferrajoli plantea un doble desafío contemporáneo del Derecho: limitar los poderes, refiriéndose a los poderes políticos y poderes económicos, financieros, que en este momento están destruyendo la economía y la democracia; y, garantizar los derechos, lo que se produce a través de la limitación de los poderes públicos y privados (2013).

No dudamos que el Estado debe intervenir para limitar los poderes privados, la forma y los límites deben ser precisados.

De otro lado, también somos partícipes de un nuevo asociacionismo del siglo XXI, como una nueva forma de influir en la opinión social, consideramos que es un medio válido de participación de los grupos que no cuentan con canales legales para ser escuchados. Cansados muchas veces de que el poder político no lidere cambios, en las estructuras básicas de la sociedad, este nuevo asociacionismo, puede servir, para hacer escuchar cambios, traducidos en propuestas normativas, propuestas de mejora en los servicios del Estado, como en efecto ya está sucediendo en algunos sectores. Esto, sin que se desconozcan nuevos colectivos que buscan la integración social, la no discriminación, el apoyo a los grupos vulnerables. Precisamente las acciones positivas del Estado, a favor del derecho de asociación, puede hacer efectivo que los grupos excluidos logren hacer sentir su voz y tener así la posibilidad de influenciar en la vida pública.

A large, faint watermark of the university logo is centered on the page, containing the text "ET LUX IN TENEBRIS LUCEAT" and "MCMXXVII".

CAPÍTULO II

**LA RELACIÓN CONFLICTUAL DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN CON OTROS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

2.1 CUESTIONES PRELIMINARES

Como hemos venido señalando, no es posible sustraer el tema que nos ocupa de la teoría general de los derechos fundamentales. Son temas vinculados al derecho fundamental de asociación y a su relación con otros derechos fundamentales, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la autonomía privada y la relación conflictual entre derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos.

El objetivo de la investigación es evidenciar los conflictos constitucionales que suceden en el ejercicio del derecho de asociación, para ello, es necesario reconocer que los derechos fundamentales irradian su fuerza normativa en las relaciones entre particulares, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano, hoy en día esto ya no se cuestiona, por la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia del Estado constitucional de Derecho. Lo que continúa en discusión es el grado de intensidad de esta irradiación y, por ende el grado de intervención del Estado en las relaciones entre particulares. Nuestro Tribunal también ha reconocido que esta eficacia es inmediata o directa, vale decir, se decanta por ésta y no por la eficacia mediata, la misma que requiere de una autorización normativa.

El reconocimiento de la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, evidentemente impone a los particulares no afectar los derechos fundamentales de otros particulares con los que establece relaciones jurídicas privadas, en las cuales rige la autonomía privada. Existe discusión respecto del grado de restricción de la autonomía privada en los conflictos de derechos. Hay quienes sostienen que la autonomía privada no debe verse restringida, ésta será la visión de los privatistas, mientras que hay otros que sostienen que la autonomía privada debe restringirse cuando entra en colisión con los derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente protegidos, ésta será la visión de los

constitucionalistas. También entra en juego la concepción que se tiene del derecho.

Consideramos, que hoy en día, por los avances del derecho constitucional ya no puede sostenerse una postura que opte por la plena vigencia de la autonomía privada; tiene que adoptarse una postura acorde con el respeto al Estado Constitucional de Derecho, buscando dar a la autonomía privada un nuevo enfoque que preserve los derechos fundamentales con los que entre en colisión; esto es darle plena vigencia al sustento de todos los derechos fundamentales: la dignidad humana. Esta postura no está exenta de dificultades; no existen ni en la doctrina ni en la jurisprudencia reglas uniformes para la solución de los conflictos de derechos entre particulares ni para la determinación del grado de intervención.

Corresponde esperar que el Tribunal Constitucional al ir resolviendo los casos, utilizando la ponderación, forme una teoría general sobre esta materia.

2. 2 LA EFICACIA HORIZONTAL DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares es uno de los grandes temas dentro de la teoría de los derechos fundamentales. En su momento, fue muy discutible plantear que los derechos fundamentales no solo tenían eficacia frente al poder del Estado, sino también frente a cualquier particular.

En efecto, la extensión al ámbito de las relaciones privadas de las libertades constitucionales concebidas inicialmente como prerrogativas individuales frente al Estado implica no sólo cuestionar muchos de los dogmas propios del ideario liberal que constituyen los pilares del Estado de derecho, al menos en su concepción clásica (como la autonomía privada, el principio de igualdad formal, e incluso, en alguna medida la separación de poderes) (Estrada 2007: 121).

La vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado ha penetrado en el pensamiento jurídico a través de la exportación de la figura del *Drittwirkung*, nacida en Alemania. En español el término se traduce como “vigencia horizontal” o como “eficacia horizontal”. Von Münch señala, que este concepto nace en oposición al de vigencia vertical, es decir, del contraste entre equiparación y subordinación. Continúa diciendo, que de hecho los derechos fundamentales se orientan clásicamente hacia la relación de subordinación del ciudadano al Estado, relación que ha sido el elemento distintivo del Derecho público frente al Derecho privado durante décadas, en la doctrina constitucional y administrativa alemana. La idea de la relación de subordinación proviene de los tiempos predemocráticos, dicha figura no es fácilmente compatible con el concepto de soberanía popular del cual emana todo poder del Estado. La privatización de las funciones estatales que se da en la actualidad, reducirá el ámbito de aplicación del Derecho público y, simultáneamente ampliará el ámbito de aplicación del Derecho privado. En la misma proporción se expandirá la *Drittwirkung* (1997: 31-32).

Como nos advierte Pérez Tremps, en el ámbito privado, entes no públicos se sitúan frente al individuo en una clara posición de supremacía; señala como ejemplos: la acción de grandes empresas en el terreno mercantil, en los grandes grupos en el campo de la comunicación, o en la relación entre empresario y trabajador en el mundo laboral (2000: 146-147). Por nuestra parte, agregamos, a los grupos asociativos que tienen un gran poder económico.

Ferrer i Riba y Salvador Coderch, nos informan que en Alemania hubieron dos formulaciones originarias de esta doctrina y, entre una y otra, infinidad de matizaciones intermedias, casi tantas quizás como autores que la han analizado:

a) La versión fuerte sostiene que las normas sobre derechos fundamentales tienen una eficacia inmediata en las relaciones privadas y, consecuentemente un particular, en sus relaciones con otro particular, tiene los mismos derechos, pero está sujeto a los mismos deberes, cargas y obligaciones que los poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos y recíprocamente. Expuesta por Nipperdey

en 1954. b) La versión débil de la doctrina formulada por Gunter Durig en 1956, quien sostuvo que los derechos fundamentales tienen una eficacia mediata en las relaciones entre particulares: el sistema de valores establecido y reconocido por la Constitución informa el derecho privado de la misma manera que se proyecta sobre el resto del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, debe ser respetado en la legislación del derecho privado. Igualmente, debe serlo por la interpretación judicial de sus normas, pero no tanto directamente como a través, especialmente, de la interpretación de las cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, moral, orden público) incluidas en el Código Civil. La eficacia de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales en el derecho privado es una consecuencia de la vinculación de la legislación y de la jurisprudencia a la Constitución, entendida como la norma suprema que preside la unidad fundamental del ordenamiento jurídico: los derechos fundamentales son normas principios dadas para todo el ordenamiento, no sólo para el derecho público (1997: 90-91).

Actualmente, ya no se cuestiona la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, pero sigue siendo materia de discusión el grado de intensidad en la que debe afectarse la autonomía de los particulares.

Como nos dice Pérez Tremps, sentada la premisa de que los derechos fundamentales vinculan tanto a los poderes públicos como a los particulares, el siguiente paso a dar es el de determinar si esa vinculación es igual en ambos casos. En este punto es donde empieza a marcarse las diferencias. En términos generales, la vinculación constitucional que generan los derechos fundamentales respecto de los poderes públicos es una vinculación directa o inmediata, mientras que la que desarrollan respecto de los particulares es de naturaleza indirecta o mediata. Los derechos fundamentales vinculan a los particulares de manera indirecta, en la medida en que los poderes públicos han definido el alcance de aquéllos, y así lo ha visto el Tribunal Constitucional. Los dos instrumentos más importantes a través de los cuales los poderes públicos deben hacer efectivo los

derechos fundamentales son la acción del legislador y la de los jueces y tribunales. En primer lugar, el legislador debe concretar el alcance de los derechos fundamentales a la hora de regular las relaciones entre particulares; así por ejemplo, cuando se regula las relaciones laborales han de respetarse y darse contenido a derechos como la igualdad, los derechos de sindicación, huelga. En segundo lugar, con la acción de los jueces y tribunales. Cuando estos resuelven controversias entre particulares, no sólo deben evitar que su acción, en cuanto poder público, vulnere derechos fundamentales, sino que deben asegurar que estos derechos queden respetados en la relación entre los ciudadanos (2000: 147-148).

Ferrer i Riba y Salvador Coderch, señalan, que la doctrina actualmente dominante considera que la eficacia de los derechos fundamentales es distinta según las relaciones privadas sobre las que aquéllos se proyectan: es más bien escasa en el derecho a contraer matrimonio, mínima también en el ejercicio de la libertad de testar, no muy importante en la venta privada de un auto usado, pero bastante más relevante en la redacción y gestión de los contratos de distribución de automóviles nuevos, más que notable en el denominado derecho del consumo y crucial en derecho laboral. Agregan, respecto al abuso del poder privado:

Parecidamente, hay acuerdo en que la eficacia de que se trata debe ser distinta según la posición de poder que las partes de la relación ocupen en la sociedad: la *Drittwirkung* es un reflejo de la idea misma de Constitución como limitación al poder público, sólo que referida al *abuso del poder privado o a las situaciones en las que un particular goza de una posición dominante en un ámbito determinado de relaciones*. En general, se puede afirmar que *la eficacia de los derechos fundamentales en una relación jurídica de derecho privado es mayor cuanto mayor sea el grado de poder social de una de las partes sobre la otra*. Pero, con todo y al mismo tiempo y para cada constelación de casos, hay una esencial cuestión de límites que cada cual trata de configurar según su propia concepción sobre la organización de la sociedad (Ferrer i Riba y Salvador Coderch 1997: 99-100).

Naranjo De La Cruz, no concuerda con lo expuesto, pues señala que no debe excluirse del ámbito del *Drittwirkung* aquellos casos en los que las partes que se enfrentan aparecen en un mismo plano, sin relación alguna de supra – subordinación (2000: 226-227).

Tenemos entonces, que en las relaciones privadas ya no rige únicamente el Código Civil u otras leyes de carácter privado, sino también y sobre todo la Constitución. Esta eficacia de la Constitución frente a particulares actúa como verdadero límite a la autonomía privada.

En el Perú, el artículo 38 de la Constitución Política dispone que todos los peruanos tenemos la obligación de respetar, cumplir y defender la Constitución. Al respecto Castillo Córdova destaca:

Una consecuencia inmediata de esta disposición es que la Constitución peruana es (debe serlo) normativa y, por tanto, vincula también a los particulares. Esta vinculación tiene especial significación para cuando se trata de disposiciones de la Constitución que reconocen derechos. Así la Constitución en general, y los derechos constitucionales en particular, vinculan no sólo al poder político sino también a los particulares. Se habla entonces de los que en la doctrina jurídica alemana se llama *Drittwirkung* para significar la eficacia de los derechos constitucionales no sólo en las relaciones poder político-particular, sino también en las relaciones particular-particular (2005: 206)

Diversas sentencias del Tribunal Constitucional peruano han reconocido esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Este pronunciamiento se ha construido a partir de varias disposiciones constitucionales, dado que la Constitución no contiene una norma que aborde expresamente esta materia. En la

Sentencia del Exp. 0976-2001, F. J. 5³¹ se señala que esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, se deriva del concepto Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado en el artículo 1° de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Se trata, además, de una consecuencia que se deriva, en todos sus alcances, del propio artículo 38 de Constitución, según el cual “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. Con dicho precepto constitucional se establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo en el ámbito de las relaciones entre particulares con el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. De manera que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza reguladora de las relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional. Señala además, en el FJ 8, el Tribunal Constitucional peruano que tal eficacia directa puede deducirse, además, del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución, donde se preceptúa que la “acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier (...) persona”.

En la referida sentencia, FJ 6 y 7, también se reconoce, que en el Perú existe una eficacia directa (a través de los procesos constitucionales de la libertad) y una eficacia indirecta (a través de las leyes y la justicia ordinaria que actúa en caso las leyes no se interpreten o apliquen de conformidad con los derechos fundamentales). La sentencia da cuenta que en Alemania y España, los derechos solo pueden tener una eficacia indirecta o mediata entre particulares, por lo que a través de la queja constitucional o el amparo no es posible que sean tutelados directamente. Igual en Estados Unidos de Norteamérica, no existe control de

³¹ Entre otras, las sentencias del Exp. 1124-2001-AA/TC, F. J. 6 y del Exp. 0964-2002-AA/TC del 17/3/2003, F. J. 3.

constitucionalidad directo de los actos de los particulares, sino luego de una *state action*.

Concretamente con relación al derecho de asociación, señalan Ferrer y Riba y Salvador Coderch, que el hecho que la libertad de asociación sea ambivalente en su titularidad - puede corresponder al individuo o al grupo - y heterogénea en su contenido, potencia su idoneidad hipotética para desplegar eficacia *inter privatos*. De entre las múltiples ocasiones en que el derecho de asociación puede manifestar *Drittwirkung* destacan por la frecuencia con que ocurren los casos de conflicto entre las asociaciones y sus socios o las personas interesadas en llegar a serlo. En estas situaciones la autonomía del grupo y la protección del individuo se encuentran enfrentadas y no es raro que ambas partes invoquen en su propio interés el respaldo constitucional de dos facetas opuestas de un mismo derecho fundamental: “*el individuo alega el derecho a integrarse y a participar en la asociación y los órganos sociales le oponen el derecho del grupo a decidir libremente sobre su organización y funcionamiento*” (1997: 101).

Efectivamente, suele encontrarse, también enfrentamiento, en aquellos grupos asociativos de gran poder económico, cuando el individuo alega el derecho de participar en la vida regular de la organización a la que pertenece y, los órganos directivos, ejerciendo un poder privado desmesurado le oponen el derecho de la organización a decidir sobre su organización y funcionamiento, en virtud de la posición que ocupan en la organización.

Esta materia ha sido tratada extensamente, en nuestro país por Mendoza Escalante, trata, entre otros, de los efectos horizontales del derecho de asociación. Sostiene que la eficacia horizontal se despliega: en actos jurídicos sustentados en la autonomía privada, aquí, entre otros, incluye la constitución de personas jurídicas; en actos sancionatorios, las sanciones que impone un particular que desempeña una función de autoridad o detenta una situación de tal naturaleza en el ámbito de una persona jurídica de derecho privado, su

fundamento reside, por ello, en el ejercicio de una potestad sancionatoria privada, está por ejemplo, las que aplican las asociaciones en base a sus estatutos que puedan lesionar derechos fundamentales; en actos administrativos de autoridades privadas o particulares, se trata de actos expedidos por órganos administrativos de personas jurídicas de derecho privado con el propósito de cumplir los fines de las mismas, ya en interés de ésta o de sus miembros, téngase aquí los acuerdos o resoluciones de asociaciones, sindicatos, partidos políticos, sociedades comerciales, los procesos de elección de los órganos de las personas jurídicas privadas, etc.; en actos jurídicos normativos, las personas jurídicas de derecho privado, v. gr. las asociaciones, tienen la potestad de auto organización, cuya manifestación principal son los estatutos, no son, a diferencia de los supuestos precedentes, actos individuales o concretos, sino normas aunque emitidas por particulares que, también, han de estar vinculadas a los derechos fundamentales, se trata aquí de los estatutos y reglamentos que expiden asociaciones de todo tipo, sindicatos, clubes, entre otros, cuyas disposiciones pueden eventualmente ser contrarias a derechos fundamentales, por ejemplo, disposiciones sobre procedimiento disciplinario que sean contrarias a las garantías del debido proceso (2005: 219-271) (Lo destacado es nuestro).

Sostiene que el supuesto de normas privadas contrarias a derechos fundamentales no puede ser cuestionado de modo directo, justamente debido a su condición de norma, sin embargo, sí podrá serlo indirectamente cuando su aplicación suponga lesión del derecho fundamental con el que dicha norma es incompatible, a través del control difuso o concreto de constitucionalidad (Mendoza Escalante 2009: 94).

Por lo tanto, recogiendo los aportes doctrinarios esbozados, la vulneración del derecho de asociación puede provenir ya no sólo del poder del Estado sino también de los particulares, concretamente, la vulneración de derechos fundamentales, podría presentarse: En la constitución de las organizaciones asociativas; en los acuerdos o resoluciones de las organizaciones asociativas; en

las sanciones que aplican los directivos de las organizaciones asociativas en base a sus estatutos; en los procesos de elección de los órganos directivos de las organizaciones asociativas; en las normas estatutarias y reglamentos de las organizaciones asociativas, por ejemplo, disposiciones sobre procedimiento disciplinario que sean contrarias a las garantías del debido proceso.

No existen dudas entonces, por tratarse de un derecho de libertad de doble dimensión, que sobre este derecho incide la eficacia horizontal. Precisamente, por esta eficacia, los Tribunales Constitucionales vienen defendiendo los derechos fundamentales de los asociados.

En la sentencia del Exp. 8002-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional peruano reconoce claramente que es una máxima de su jurisprudencia que los derechos fundamentales vinculan no solo a los poderes públicos, sino a todas las personas, sean estas públicas o privadas. Señala, que desde dicha perspectiva, es inadmisibile y carente de todo asidero racional pretender que porque una determinada organización de particulares se rige por sus propias normas internas, resulta invulnerable o inmune a todo control constitucional y, desde el primer instante en que los derechos fundamentales rigen en el ámbito de la vida, tanto pública como privada es evidente que cualquiera que fuese la afectación, sobre su contenido, se franquea de inmediato, la correlativa posibilidad no solo de revisión en la sede constitucional, sino de tutela en las circunstancias en que tal violación o amenaza de violación quede manifiestamente acreditada, respetando el procedimiento legal estatutario.

Así, lo ha reconocido el mismo Tribunal, en diversas sentencias referidas a la expulsión de un asociado (relación asociación-asociado), si bien lo ha tratado desde el punto de vista del derecho al debido proceso y de defensa (STC Exp. 05550-2008-AA, STC Exp. 1027-2004-AA, entre otras) y principio de legalidad y debido proceso (STC 6431-2007-AA). Asimismo, lo ha reconocido en la sentencia referida a la vulneración del derecho de asociación, en su manifestación de

desvinculación asociativa (STC Exp. 04520-2006-AA). En la STC4241-2004-AA se trata de vulneración del derecho de asociación, pero también vinculado al debido proceso y de defensa. El poder disciplinario de la asociación proviene del derecho de autoorganización, pues es en el estatuto, o en otra norma interna, en el que se señalen las causas de expulsión y el procedimiento que habrá de seguirse. De no existir la regulación de este procedimiento, será a través de la vulneración del derecho al debido proceso y de defensa que se resuelva el problema. Incluso, así estuviera regulado en el estatuto el procedimiento, esta regulación deberá estar acorde con estos derechos.

2.3 LA VINCULACIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN CON LA AUTONOMÍA PRIVADA

Como hemos podido advertir, la vinculación del derecho de asociación con la autonomía privada es estrecha, se encuentra en su fundamento. La autonomía de la persona es la libertad para poder realizar su vida con total libertad según sus propios intereses.

El Tribunal Constitucional expresa, en la sentencia del Exp. N° 047-2004-AI/Tc, FJ 44, que la autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad “que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad”. Asimismo ha señalado que el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta sino dentro de los valores y principios constitucionales (STC Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, FJ 16) de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse (STC Exp. N° 0048-2004, FJ 16).

No existe un reconocimiento expreso en la Constitución, pero como dice Mendoza Escalante, se trata de una libertad, pero su especificidad consiste en la creación de actos jurídicos y esta aptitud de creación de situaciones y de relaciones jurídicas resulta, más bien, un elemento componente en diversos derechos

fundamentales; es el caso, entre otros, del derecho de asociación y de sindicación (2009: 100).

En virtud de la autonomía privada, el derecho de asociación se ejerce libremente, ya sea para constituir organizaciones asociativas, para pertenecer a ellas, para retirarse de las mismas o para organizarse.

Señala Salvador Coderch, que un principio básico de libertad está en el núcleo de la doctrina tradicional de la autonomía privada entendida como posibilidad que tienen los particulares de establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas, o si se prefiere, de autoreglamentar jurídicamente sus propios intereses. Naturalmente sostener, que la eficacia de las normas sobre derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas es tan innegable como matizada por la exigencia de respeto al principio de autonomía privada nos lleva a la pregunta sobre la razón de esa exigencia de respeto. Indica que a ello, cabe responder de dos maneras: Una primera partiría del propio texto constitucional y de un análisis interno y propiamente jurídico de su contenido: el reconocimiento en concreto del derecho de asociación presupone el respeto a la autonomía privada, pues sin libertad de asociarse o de no hacerlo, no puede concebirse derecho de asociación alguno. Este autor agrega, que la negación de la autonomía privada sería incompatible con la realización de la idea de que el libre desarrollo de la personalidad es, uno de los fundamentos del orden político y social. Luego, su segunda respuesta derivada de un análisis puramente externo de la Constitución española de 1978, considera que el principio de autonomía privada es condición necesaria del Estado social y democrático de derecho, por más que no sea, además, su condición suficiente (1997: 22-23).

Por su parte, Castillo Córdova plantea la interrogante: ¿pueden los derechos fundamentales determinar la voluntad de los particulares al punto que lleguen a definir la validez jurídica de las decisiones privadas? y fundamenta una respuesta afirmativa, reconociendo que no es de fácil respuesta sino que además es de

especial trascendencia. Ello, porque las categorías y principios de dogmática constitucional que se encuentran de por medio no siempre son pacíficos en la doctrina. Plantea que no puede tratarse de una libertad y autonomía que per se expanda de modo ilimitado al punto que se deba restringir para permitir el ejercicio de la libertad y autonomía de los demás hombres, también per se ilimitadas. En este punto entra a tallar los derechos fundamentales, tanto estos como autonomía de la voluntad vienen estrechamente vinculados, uno no es posible sin el otro, uno no puede anular al otro, pues una u otra significará la anulación del hombre como persona digna, fin en sí mismo, y finalidad última de toda realidad social y política. Para el autor, se deben buscar criterios hermenéuticos que permitan una existencia armónica entre ambos en el ordenamiento jurídico peruano, los derechos fundamentales exigen al poder político un deber de abstención, esto es, que no intervenga en la realización del contenido de libertad que trae consigo todo derecho fundamental y, a su vez, un deber de acción al exigirle que intervenga para favorecer el aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la ayuda al hombre en su intento de superar las dificultades que impiden su plena realización. Esto coincide con la llamada doble dimensión de los derechos fundamentales. Resalta, el efecto irradiación de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico, como valores materiales que informan a todo el sistema jurídico nacional: legislación, administración y jurisdicción; incluso a las relaciones entre particulares. Asimismo, el especial deber de protección de los derechos fundamentales a cargo del poder político, se trata de un deber positivo de coadyuvar a la plena vigencia de los derechos fundamentales, a través de su defensa, promoción y protección en todos los ámbitos incluso el privado (2006-a: 157-162).

Mendoza Escalante, considera que un tratamiento constitucional del problema, el cual lo considera complejo, demuestra que la libertad contractual y la de celebrar todo tipo de acuerdo, en cuanto derechos fundamentales, tienen sus límites consustanciales en otros derechos fundamentales, los cuales representan, en último término, el orden público del ordenamiento jurídico, orden a cuya

observancia, desde siempre, ha estado condicionada la validez de la autonomía privada. El cambio reside en que hoy, bajo el Estado Constitucional de Derecho, ese orden público se halla por antonomasia en los derechos fundamentales (2009:100).

Compartimos la postura de Castillo Córdova y Mendoza Escalante, ya que una primacía de la autonomía privada desde la Constitución *prima facie* no se condice con un Estado Social y democrático de Derecho, sus límites se encuentran en otros derechos constitucionales y bienes constitucionalmente protegidos.

Así, en su dimensión individual el derecho de asociación se ejerce en libertad, pero en concordancia con otros derechos fundamentales y en su dimensión colectiva, las organizaciones asociativas en virtud de la autonomía privada tienen derecho a organizarse libremente y a regular su funcionamiento interno sin injerencia del poder público, con la limitación de no vulnerar derechos fundamentales.

Hemos adelantando, que el derecho de asociación, nace en el estado liberal, con bastantes limitaciones y desprestigio, siendo conquistado de a pocos; sin embargo, en el estado social, no surge para preservar plenamente la autonomía privada sino para garantizar o hacer posible una participación política igualitaria. Su finalidad no era limitar el poder, sino extenderlo, haciendo participar a los ciudadanos en la formación de su voluntad. Por lo tanto, en esta etapa, el principio de la autonomía de la voluntad no será bien jurídico supremo en su relación con el derecho de asociación.

Desde la concepción de Bobbio ya expuesta en el primer capítulo de este trabajo (1986:133-134), si apostamos por un asociacionismo de la sociedad democrática pluralista, que busca transformar la sociedad con grupos de interés, que aprovechen al derecho de asociación para acoger a personas con los mismos intereses, las mismas ideas, convirtiéndose en sujetos fuertes de participación;

evidentemente el principio de autonomía privada se diluye como bien jurídico supremo en el ejercicio del derecho de asociación.

Señala Naranjo De La Cruz, que en la eficacia mediata la autonomía de la voluntad se presenta como bien jurídico supremo. Desde la perspectiva de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, disminuye considerablemente, sin embargo, la relevancia del papel de las cláusulas generales del Derecho Privado (2000: 222, 231). Indica el mismo autor, citando a Nipperdey:

“Por los defensores de la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha sido puesto igualmente de manifiesto que ya no cabe la apreciación de los poderes públicos como única instancia capaz de lesionar estos derechos. Esta idea se ve superada ampliamente por una nueva realidad social, en la que la aparición de la sociedad industrial, y la estructura económica que ella conlleva implica el surgimiento de nuevos centros de poder, susceptibles de ocasionar una lesión de los derechos fundamentales de las personas, lo que hace necesario una adaptación de su función a las nuevas circunstancias de la vida social y económica” (Naranjo De La Cruz 2000: 192-193).

En la actualidad, señala el autor, existe el predominio de la dignidad humana como base y sentido final de todo el ordenamiento jurídico, su presencia se encuentra acompañada necesariamente de la libertad como bien jurídico supremo, que asegura al hombre un espacio donde no se encuentra sometido al poder de otros hombres o a los fines de la comunidad. Agrega, que el análisis de los derechos fundamentales pasa de este modo a un primer plano, lo que implica que su estudio no se va a realizar únicamente en función de su relación con el Estado, sino que va a predominar la consideración de la dignidad y la libertad de la persona como núcleo central del ordenamiento, sobre el que ha de girar toda la

vida jurídica, y a cuyo respeto están obligados, no sólo los poderes públicos, sino también todas las personas (Naranjo De La Cruz 2000: 194-195).

Precisamente este desplazamiento del centro de poder se ha consolidado cada vez más, ahora encontramos que en algunas organizaciones asociativas, los directivos de las mismas ejercen el poder causando vulneraciones a los derechos fundamentales de los miembros de la organización. De ahí que cuando corresponda, deberá aplicarse directamente el principio de dignidad humana. Esto no quiere decir que la autonomía privada deje de ser un bien constitucionalmente protegido, lo será y primará cuando tenga que primar en el ámbito privado.

Naranjo De La Cruz también manifiesta que deberá estudiarse en el caso concreto si la importancia de la autonomía de la voluntad desde un punto de vista constitucional justifica la gravedad específica de la restricción del derecho y, termina señalando que en definitiva, el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede actuar como límite de un derecho fundamental. El control jurídico de esta restricción se debe realizar por medio del principio de proporcionalidad, al igual que sucede en cualquier otro supuesto de conflicto entre bienes o derechos protegidos por la Constitución (2000:225-226).

Como podemos apreciar, la autonomía privada seguirá rigiendo en el ámbito privado, por razones de seguridad jurídica, sin embargo, declinará, si existe mérito, en favor de la aplicación de derechos fundamentales cuando ocurra una vulneración de los mismos.

El derecho de asociación se ejerce desde la autonomía privada, pero se reconduce a otros derechos fundamentales, entre los que puede también encontrarse, el derecho de asociación de otro miembro del grupo asociativo, de la organización misma o de un tercero, con los que puede entrar en conflicto y es aquí en donde se hará el control jurídico de la restricción, por medio del principio

de proporcionalidad, para determinar si debe atenderse a la autonomía privada o al derecho fundamental lesionado.

2.4 FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Por efectos de la aplicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, surgen conflictos entre particulares respecto a derechos fundamentales. Cómo resolverlos, es un asunto que sigue en discusión en la doctrina.

Los conflictos se generan en las relaciones entre la asociación como grupo asociativo y los asociados, entre los asociados o, entre la asociación y los terceros que buscan relacionarse con ésta.

Señalan Ferrer i Riba y Salvador Coderch, que en estas situaciones la autonomía del grupo y la protección del individuo se encuentran enfrentadas y no es raro que ambas partes invoquen en su propio interés el respaldo constitucional de dos facetas opuestas de un mismo derecho fundamental. Ejemplifican señalando: *“el individuo alega el derecho a integrarse y a participar en la asociación y los órganos sociales le oponen el derecho del grupo a decidir libremente sobre su organización y funcionamiento”*. Sostienen, que típicamente, la colisión se produce en las decisiones asociativas sobre admisión o rechazo de nuevos socios y en aquéllas en las que las asociaciones ejercen su poder sancionador y expulsan a uno o varios socios. El tratamiento jurídico de ambos tipos de conflicto está condicionado recíprocamente: la afirmación de un derecho a ingresar en una asociación en determinadas circunstancias restringe el derecho de la asociación a rechazar y, por tanto, a expulsar a los socios, en la medida en que las razones por las que no les puede negar el ingreso no puede aducirlas luego para excluirlos. Más la simetría no es completa: el poder de exclusión y, por extensión, el poder sancionador tiene otras limitaciones porque se ejercita frente a una persona con quien la asociación ya ha establecido un vínculo, una relación jurídica que la

asociación debe respetar en sus propios términos. Por ello, es preferible tratar ambas cuestiones separadamente (1997: 102).

En caso de conflictos de dos derechos fundamentales o de un derecho fundamental con un bien constitucionalmente protegido (vg. principio de autonomía privada) existen dos posiciones que acuden a su solución:

- Teoría de la intervención y límites. Teoría que considera que hay conflictos entre derechos fundamentales.
- Teoría de la preformación. Teoría que considera que sólo hay aparentes conflictos entre derechos fundamentales.

Dentro de la teoría de la intervención y límites, ubicamos el test de razonabilidad proporcionalidad (ponderación)³². Si bien es cierto este test es criticado por un sector de la doctrina, porque lo consideran subjetivo o tal vez bastante complejo, es el que más argumentos propone para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, ya que mientras más se argumente más sólida y legítima será la solución.

Por su parte, Castillo Córdova critica las teorías conflictivistas de los derechos fundamentales y propone una teoría armonizadora de los derechos fundamentales. Critica la visión conflictivista de los derechos fundamentales, así como los mecanismos de solución, por ella propuestos, y ha argumentado una visión armonizadora de todos los derechos fundamentales, sustentada en la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales (2005:

³² Los límites deben ser legítimos, razonables y proporcionales. Test de proporcionalidad:

- Fin legítimo
- Principio de racionalidad o idoneidad
- Principio de necesidad
- Principio de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional).

106-109). Señala que hablar (en general o en concreto) de derechos fundamentales *preferentes* supone reconocer la existencia (general o concreta) de derechos fundamentales inferiores o relegados que podrán ser sacrificados en su contenido constitucional claudicante. Y admitir esto, ya no solo quiebra una serie de principios constitucionales (el principio de unidad y fuerza normativa constitucional, al menos), sino que además llevaría a admitir que existen (en general o en concreto) personas de primera titulares de los derechos preferidos, y personas de segunda titulares de derecho relegados, rompiéndose así el fundamental valor de ser digno que tiene por igual toda persona humana por ser un fin en sí misma. Manifiesta asimismo, que esta postura, ha sido ya recogida por el Tribunal Constitucional peruano en la STC Exp. 06712-2005-HC/TC, en donde se señala que los derechos fundamentales (todos sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución. Por eso lo que corresponde realizar es una determinación de sus contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Solo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos (2006-b: 24). El juicio ponderativo no puede ser utilizado para ponderar derechos porque todos los derechos pesan lo mismo, sino para ponderar circunstancias, y ponderándolas establecer el concreto alcance del contenido del derecho fundamental, y definir si se da o no cobertura constitucional a una determinada pretensión; es decir, cuál de los dos derechos fundamentales ha sido regular o debidamente ejercitado, lo que es lo mismo, cuál de las dos pretensiones en conflicto (si de la demandante o la del demandado en un proceso) se ha de reconocer como constitucionalmente válida (2006-b: 15).

Resulta relevante por tanto, al momento de resolver un conflicto en el que existen derechos involucrados, tener, en cuenta, como señala el profesor Castillo Córdoba, que sólo a través de una correcta delimitación del contenido constitucional de los derechos se hace posible una vigencia armoniosa y complementaria de ellos, los cuales son realidades esenciales compatibles entre sí (Castillo Córdoba 2005: 121).

Adoptamos la postura del profesor Castillo Córdova, en el sentido que se debe ponderar circunstancias y así establecer el concreto alcance del contenido del derecho fundamental invocado, y definir si se da o no protección constitucional a una pretensión.

El test de razonabilidad y proporcionalidad es el que viene usando el Tribunal Constitucional peruano ante la colisión de pretensiones que involucran derechos fundamentales o, de estos, con otros bienes constitucionalmente protegidos. De esta manera, los límites de los derechos fundamentales serán legítimos, razonables y fundamentados. Concretamente en la STC Exp.03878-2008-PA/TC, sobre expulsión de asociado, el Tribunal Constitucional evaluó la restricción del derecho de asociación a la luz del principio de proporcionalidad aplicando el test respectivo.

El Tribunal Constitucional utiliza el principio de concordancia práctica para resolver colisiones entre derechos fundamentales. Este principio:

Postula la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial, a través de la ponderación proporcional de valores o bienes (...) donde no cabe sacrificar a uno por otro. De este modo se debe respetar el núcleo duro de cada bien constitucional en conflicto, afectando mutuamente, solo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad en la recíproca delimitación de los bienes en conflicto (LANDA 2003: 495)

Mendoza Escalante, advierte que las colisiones entre derechos fundamentales en los casos de efectos horizontales, según el Tribunal Constitucional (Sentencia Exp. 0976-2001-AA), han de resolverse considerando la diversa intensidad que ellos despliegan respecto al Estado. Señala que en concepto (del TC), además de considerar este matiz de intensidad, en estos casos, corresponderá la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad. Señala, que las operaciones que

han de efectuarse para resolver los problemas de colisión en las controversias jurídicas privadas deberán resolverse, de acuerdo al principio de proporcionalidad en sus tres variantes de adecuación (idoneidad), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En una de sus conclusiones manifiesta: “El problema de mayor interés y complejo resulta el de colisión, sea probablemente éste “El” problema de la *Drittwirkung*. La compleja y delicada ponderación que, para resolver tal colisión, a final de cuentas, se plantea entre derechos fundamentales y autonomía privada o, si se prefiere, entre derechos fundamentales y libertad de actuación (libre desarrollo de la personalidad). La solución a estas colisiones no puede ser respondida apriorísticamente, por ejemplo, descartando de inmediato la vinculatoriedad de derechos fundamentales como el de igualdad en los ámbitos privados. Se necesita aquí desarrollar construcciones dogmáticas que expliquen en base a la jurisprudencia la intensidad particular del efecto iusfundamental. Las aportaciones de Robert Alexy y de la aplicación de la prohibición de desprotección que propone la tesis del deber de protección (Canaris) resultan de particular utilidad y pueden servir para el mencionado objetivo.” (2005: 219-271).

Los casos de colisión del derecho fundamental de asociación y otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (como la autonomía privada) se resolverán caso por caso, bajo ciertos parámetros, tratando de armonizar los derechos o bienes constitucionalmente protegidos involucrados, considerando que se trata de colisión de pretensiones, evaluando los intereses desde cada uno de los derechos involucrados, aplicando el test de razonabilidad y proporcionalidad. No habrá una solución unívoca para todos los casos, pero sí debe tenerse en cuenta el principio de dignidad, el de desarrollo de la personalidad, el tipo de organización, la influencia que tienen determinadas asociaciones en la sociedad civil, los alcances del principio de la autonomía privada en el derecho de asociación y las nuevas amenazas al derecho de asociación.

Si bien se deben atender a las circunstancias del caso concreto, los conflictos deben ser solucionados sin dejar de aplicar la fuerza normativa vinculante de la Constitución, que exige tratarla como una unidad, por lo que se buscará en la medida de lo posible una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales involucrados en la colisión, ponderando circunstancias y delimitando correctamente el contenido de los derechos constitucionalmente invocados.





CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS CASOS

3.1 CUESTIONES PRELIMINARES

El derecho de asociación está limitado por otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos en el plano horizontal. Los problemas conflictuales que surgen en estas relaciones, se solucionarán caso por caso, pero considerando parámetros generales. No necesariamente se verá afectado el principio de autonomía privada cuando ocurra un conflicto con el derecho de asociación. Los criterios generales a tomar en cuenta serían el usar el test de proporcionalidad de manera rigurosa, siempre cuidando de darle el mismo peso a los derechos involucrados, evaluando los intereses desde cada uno de los derechos involucrados, buscando una interpretación armonizadora, no habrá una solución unívoca para todos los casos, pero sí debe tenerse en cuenta el principio de dignidad, el de desarrollo de la personalidad, la influencia que tienen determinadas asociaciones en la sociedad civil y las nuevas amenazas al derecho de asociación, los alcances del principio de la autonomía privada en el derecho de asociación, reconociendo que este derecho si bien se fundamenta en la autonomía privada, en un Estado Social y democrático de Derecho busca garantizar o hacer posible una participación igualitaria.

Es nuestro interés centrarnos en los más relevantes conflictos que se presentan en el ejercicio del derecho fundamental de asociación. Definitivamente uno de los más emblemáticos será el que se presenta entre el derecho fundamental de asociación y el derecho de igualdad, por su trascendencia en nuestro país, en el aún falta afianzar acciones positivas contra la discriminación. Otro conflicto que nos interesa tratar por lo poco abordado pero relevante, desde el conocimiento profesional que tengo del ejercicio de este derecho, es el conflicto que se suscita entre el derecho de asociación en su ejercicio individual y el derecho de asociación en su ejercicio colectivo; conflicto este último que evidencia un nuevo centro de poder, un abuso del poder privado en el interior de algunas personas jurídicas no lucrativas.

3.2 CONFLICTO ENTRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y EL DERECHO DE IGUALDAD

El conflicto que se genera entre el derecho de asociación y el derecho de igualdad es emblemático y ha sido muy tratado en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Veremos cómo se manifiesta.

En virtud del derecho de igualdad, consagrado en el artículo 2.2 de la Constitución, toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Alvites Alvites señala, que la norma constitucional reconoce el derecho de toda persona a ser tratada igual siempre que no medie una razón objetiva y razonable para recibir un tratamiento diferenciado, basado en los criterios indicados en la norma, que históricamente han mantenido a determinados grupos de personas en una situación de marginación en el ejercicio de sus derechos. En ese sentido, la discriminación puede entenderse como el tratamiento jurídico diferenciado, basado en los criterios descritos, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Se trata de una conducta que la Constitución considera lesiva al ser humano (2006: 145).

Según Huerta Guerrero, el derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente se encuentra prohibido. Este trato desigual entre los iguales se conoce como *discriminación*. Sin embargo, la realidad demuestra que existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas orientadas a que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento formal (*igualdad formal*), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas (*igualdad material*). Estas medidas

pueden implicar un trato desigual que no es considerado como una discriminación sino una diferenciación (2006: 59-60).

El mismo autor reflexiona sobre el artículo 2 inciso 2 de la Constitución de 1993, señalando que este artículo sólo hace referencia a dos aspectos relacionados con el derecho de igualdad: el derecho a la igualdad ante la ley, y; la prohibición de discriminación. En consecuencia, advierte que existen importantes omisiones y deficiencias en la forma en que actualmente se reconoce el derecho a la igualdad a nivel constitucional. Estas son:

- No existe un reconocimiento general del derecho a la igualdad, sino solo una referencia al *derecho a la igualdad* ante la ley, que es una de sus manifestaciones.
- No existe una mención a la obligación del Estado de adoptar medidas a efectos de lograr una *igualdad material*, a favor de las personas que se encuentran en situación de desigualdad (Huerta Guerrero 2006: 61).

Consideramos, que las obligaciones positivas del Estado son las acciones que más cercanamente logran una real y efectiva igualdad.

La evaluación comprende que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, el principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual. Se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional estaremos ante una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (STC. Exp. N° 048-2004-PI/TC).

En la Sentencia del Exp. 0048-2004-AI/TC, fundamentos jurídicos 65 y ss, el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que el test de razonabilidad y

proporcionalidad sirve como guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y violatorio del derecho - principio a la igualdad.

Dependerá, entonces, si la medida es adecuada, necesaria y proporcional. La decisión final no tendrá que ser arbitraria ni infundada. El poder discrecional de la asociación será menor cuanto más importante sea la pertenencia a la asociación para el afectado.

Deberá tenerse en cuenta además, de la aplicación del test, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados grupos colectivos, que merecen protección y promoción por parte del Estado a través de “acciones positivas” o acciones afirmativas” y por lo mismo, gozan de un amplio margen de presunción de constitucionalidad, otorgándoles cierta ventaja al momento del análisis cuando surja una colisión de sus derechos: grupos de mujeres, homosexuales, indígenas, enfermos por transmisión sexual, entre otros.

Como señala Huerta Guerrero, la discriminación no solo puede provenir del Estado, cuando a través de sus órganos con potestad normativa emite una norma discriminatoria o, cuando a través de sus órganos jurisdiccionales adopta resoluciones contrarias a este derecho; sino también de los particulares. La defensa de la persona humana, consagrada en el artículo 1 ° de la Constitución de 1993, implica el respeto de sus derechos fundamentales, motivo por el cual los particulares también se encuentran obligados a respetar el derecho a la igualdad de toda persona. En términos generales, cuando se alegue una violación de este derecho o la existencia de situaciones de discriminación por parte de los particulares, deberán tomarse en cuenta las siguientes premisas:

- El respeto al derecho a la igualdad por parte de los particulares es exigible cuando se encuentra amenazado o vulnerado un derecho fundamental (derecho al trabajo, derecho a la educación, etc.).

- En determinadas circunstancias, habrá de evaluarse la relación entre los derechos fundamentales de quien se siente discriminado y de quien lleva a cabo el trato desigual que se cuestiona. Entre aquellos otros derechos que pueden entrar en conflicto con el derecho a la igualdad podemos citar a modo de ejemplo (...) el derecho de asociación (en el caso de acceso o expulsión de una asociación) (2006: 74-76).

El conflicto entre el derecho a la igualdad y el derecho de asociación surgirá cuando se impide el ingreso de una persona al grupo asociativo o cuando se expulsa a un miembro de la organización asociativa, de manera arbitraria o irrazonable.

Cuando surja un conflicto entre el derecho de asociación y el derecho de igualdad, no siempre ganará el derecho de igualdad, porque como ya hemos visto, dentro de la libertad de asociación es posible que, en principio, existan asociaciones únicamente de mujeres, no siendo ningún acto discriminatorio la exclusión de los hombres. Debe tenerse en cuenta que el ingreso de un hombre a ese tipo de asociaciones podría generar una desestabilización en el seno de la asociación y que se tenga dificultades en la formación de la voluntad social; pero por otro lado, el hombre podría considerar que esto le genera un perjuicio, porque tal vez la asociación sea la única del lugar de su residencia, en la que podría realizar sus actividades sociales. Hay que analizar qué tan importante es para el hombre el pertenecer a dicha asociación de manera que no haya un menoscabo injusto en el desarrollo de su personalidad y, qué tan importante es para la asociación el seguir conservando su identidad como club de mujeres, de tal manera que el ingreso de un hombre no haga desintegrar la asociación. Sí sería discriminatorio que una asociación de mujeres dedicada a la defensa de los derechos de las mujeres impida el ingreso de un hombre que también desea defender tales derechos.

De acuerdo a ello podrían presentarse situaciones de discriminación al momento de la denegatoria de admisión de una persona a una asociación, en las normas

estatutarias o en los actos de los directivos de una organización asociativa. Sin embargo, como ya dijimos, estas acciones no podrían vulnerar la dignidad humana; incluso la organización estaría obligada a admitir el ingreso de una persona si aquella tiene una situación de dominio en un determinado ámbito.

La pregunta que debe hacerse en este punto es si existe un derecho a formar parte de una asociación determinada.

En el caso de la sentencia del Exp. 8002-2006-PA/TC, la demanda fue planteada como una de vulneración del derecho de asociación y derecho de igualdad, por quien quería incorporarse como asociado y no recibía respuesta por parte de un club, el "Lima Golf Club". Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que se trataba de una vulneración del debido proceso corporativo particular, porque la organización no dio una respuesta debidamente motivada a su solicitud. Este caso se complejiza, porque luego que se dispuso que la organización diera una respuesta fundamentada, lo hizo, pero nuevamente denegó la admisión y en esta segunda oportunidad, la demandante hizo un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, la que fue admitida por el Tribunal Constitucional, pero en lugar de ordenar que se emita una nueva resolución motivada, ordenó que la organización incorpore como asociada del club a la demandante, fundamentándose en que en dos oportunidades la asociación no había podido expresar "las razones objetivas, basadas en hechos comprobados" para denegar la admisión de la demandante como asociada activa.

Para Huerta Guerrero la demanda de amparo debió ser declarada improcedente en virtud del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, que declara la improcedencia de los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Considera que el derecho de asociación no contempla dentro de su contenido constitucionalmente protegido la posibilidad de que una persona reclame ser admitida como integrante de una

asociación (2011). El Tribunal Constitucional tampoco lo ha considerado como una vulneración del derecho de asociación, pero sí lo admitió en sede constitucional por considerar que se trataba de la vulneración del derecho al debido proceso.

Sobre la admisión de socios y la posibilidad de establecer criterios discriminatorios, debe tenerse en cuenta que a dicho interés del aspirante a socio de pertenecer a la organización se puede oponer el de la propia asociación que por causas legítimas y establecidas en los estatutos se oponga a que determinadas personas se adhieran a la asociación constituida y también los derechos de cada uno de los socios que gozan de la facultad negativa de no asociarse. Dichos intereses contrapuestos tendrán que atenerse a lo que señale el estatuto. ¿Qué límites son admisibles a la autonomía de la asociación voluntaria privada? La admisión de un nuevo socio en una entidad asociativa no responde a un derecho genérico a ingresar en dicha entidad y ha de llevarse a cabo según lo estipulado en el estatuto. Éste puede contener una legítima discriminación que, de ninguna manera, vulnera la dignidad humana del postulante a socio, salvo que la situación de dominio de la asociación de la que se trate fuera de tal magnitud que supusiera un óbice total al ejercicio del derecho de asociación de la persona, bien en su vertiente de creación, bien en su vertiente de afiliación. En el caso de una petición de ingreso en un ente asociativo se han de respetar simultáneamente, el contenido esencial del derecho de asociación del solicitante (libertad positiva de pertenecer a una asociación y de no verse negada la entrada en ella por motivos ilegítimamente discriminatorios), el contenido esencial del derecho de asociación de los socios ya miembros de dicho ente (libertad negativa de no asociarse con el peticionario) y el contenido esencial de la libertad de asociación del propio ente, que se manifiesta de modo particular en su libertad de autoorganización expresada a través del estatuto, que pueden encerrar un legítimo espíritu discriminatorio (Martín Huertas 2009: 232-240).

Consideramos que el caso del Exp. 8002-2006-PA/TC que trató el Tribunal Constitucional sólo podía haber sido analizado desde la vulneración del derecho

de asociación si se hubiera invocado un trato ilegítimamente discriminatorio por parte de la asociación para negar la admisión. Consideramos por ello, que casos como el expuesto, tal como fue planteado, no deben ser visto en un proceso constitucional, sino en la vía ordinaria, en donde habría sido necesario actuar pruebas, para determinar si la decisión de no admisión del club, se encontraba dentro del ámbito de su poder discrecional, vale decir, de su autonomía, o si la decisión del club era una decisión arbitraria o infundada en función del tipo de asociación y de cuán importante era pertenecer al club para el afectado.

Karsten Schmidt, citado por Ferrer i Riba y Salvador Coderch, señala, que hay el derecho al ingreso si así lo dispone la ley; mas si no es así, la cuestión es más difícil de resolver, refiriéndose al derecho alemán: para unos, hay que aplicar el test de la posición monopolística, según la cual la asociación que detente una posición de monopolio en el sector de actividades de que se trate no podría negarse caprichosamente o maliciosamente a admitir al solicitante; para otros, en cambio, debe aplicarse el test, más amplio, de la función económica o social de la asociación, cuanto más importante es la organización socialmente, entonces tiene más limitaciones que otro club (1997: 103).

En la sentencia del Exp. N° 09332-2006-PA/TC se advierte que el Tribunal Constitucional consideró que el ejercicio de la autonomía privada en la determinación de las reglas de admisión en el estatuto de una asociación tiene límites. Concretamente, ocurrió que en base a una norma estatutaria la directiva de una asociación denegó el otorgamiento del carnet familiar a la hijastra del socio de un club. El Tribunal Constitucional consideró acertadamente que una norma estatutaria dictada en el marco de la facultad de autoorganización del derecho de asociación no puede aplicarse si colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección.

No existe un derecho a formar parte de una asociación, la organización podría negarse válidamente a la admisión de un asociado en base a una norma

estatutaria, sin embargo, su decisión no debe ser vulneratoria de la dignidad humana ni sustentarse en motivos ilegítimamente discriminatorios o arbitrarios. En los casos concretos, tendrá que ponderarse el derecho de asociación de los involucrados: del afiliado, de la organización y de los asociados, como acertadamente propone Martín Huertas.

En el caso del Exp. 02389-2009-PA-TC, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la vulneración del derecho de asociación de una asociación, obligada a admitir el acceso del público en general, mediante una norma estatal:

“19. (...)En este orden de ideas, puede concluirse que el derecho de asociación garantiza que a nadie se le pueda impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y que ninguna persona pueda ser forzada u obligada a asociarse.

20. Entonces, atendiendo a que el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo, disponen el acceso del público en general al domicilio constitucional de la Asociación Club Petróleos del Perú – Petroperú, este Tribunal considera que dicho artículo vulnera también el derecho de asociación del Club Petroperú y de sus asociados, pues los está obligando a que, *de facto*, se integren e interrelacionen con personas que no conocen ni han elegido o consensuado para formar la asociación denominada “Club Petróleos del Perú – Petroperú”.

21. En buena cuenta al Club Petroperú mediante el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo, se le está imponiendo asociados sin que exista justificación alguna que legitime dicha medida, lo cual contraviene su derecho de asociación, que en el caso de los clubes sociales incluye la posibilidad de determinar aquellas características y requisitos que deben reunir los socios, así como las reglas referentes a su admisión.

Y es que el Club Petroperú en virtud del derecho de asociación tiene la potestad de decidir quiénes serán los consocios, lo que también conlleva la obligación de establecer que, dentro de los correspondientes estatutos, todo socio debe hallarse en posibilidades de participar en la escogencia de nuevos asociados. Por dicha razón

este Tribunal estima que el artículo 1º del Decreto Supremo N° 023-2008-PCM y su Anexo vulneran el derecho de asociación.

22. En sentido similar, este Tribunal considera que el artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 023-2008-PCM y su Anexo constituye una injerencia indebida que contraviene el derecho de asociación del Club Petroperú y de sus asociados porque al permitir el acceso del público en general a las instalaciones referidas, que no sólo constituyen el domicilio constitucional del Club Petroperú sino también de sus asociados cuando se encuentran dentro de él, está impidiendo que tanto los asociados como el Club Petroperú se interrelacionen sólo entre ellos.

23. De otra parte, este Tribunal estima que el ejercicio del derecho de asociación del Club Petroperú y de sus asociados ha sido limitado de manera arbitraria, injustificada y en contravención del artículo 16.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 22.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues la medida de acceso del público en general no tiene por finalidad la necesidad de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica, el orden público y los derechos y libertades de los demás.”

Como vemos, el caso planteado es extremo, en la medida que la imposición de la admisión de asociados es estatal; con esta imposición se violó el derecho de asociación de la organización y el de los asociados. El Estado no debe intervenir en dicho ámbito, más aún, no debe hacerlo de manera irrazonable y arbitraria.

El caso que dio mérito al Decreto Supremo 004-2008-MIMDES emitido en el marco de la Ley N° 28983, se encontraba referido a un club que vulneraba el derecho de las mujeres al no permitirles ser asociadas. En la referida norma se da un plazo de 90 días calendarios contados a partir de la vigencia del decreto supremo, para que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro se adecuen a las normas de la Constitución Política del Perú y de la ley relativas a la igualdad jurídica del varón y de la mujer. Vencido dicho plazo, se dispuso que el Ministerio Público proceda a solicitar judicialmente la disolución de

todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro, que incumplan lo ordenado por el decreto supremo y, se autorizó a formular las denuncias pertinentes por el delito de discriminación.

Aplicando el juicio de ponderación al caso concreto que subyace a la emisión del decreto supremo, el derecho de asociación resultó afectado frente al derecho de igualdad, la negativa del ingreso de mujeres fundado en la norma estatutaria que si bien no negaba el ingreso de mujeres sí señalaba que los socios eran hombres, no supera el test de necesidad, porque su aplicación restringe gravemente el derecho de igualdad de las mujeres, lo hace de manera irrazonable en un grupo asociativo cuyos fines no son exclusivos de hombres y en sus actividades de hecho ya intervenían mujeres. El derecho de asociación del club y el de los asociados hombres debía ceder frente al derecho de igualdad de las mujeres. Para ellas, era muy importante ser asociadas, debido a que concurrían desde siempre al club por sus padres o sus esposos, es decir ya tenían un vínculo con el club. Abierta esta posibilidad, no había un criterio razonable para impedir incluso que otras mujeres ajenas, ingresen como nuevas socias. Por su parte, el derecho de asociación ejercido por la asociación y por los asociados hombres, no se vería vulnerado, en tanto, no es un club para hombres propiamente, por las actividades que ahí se realizan, fundamentalmente de carácter familiar; así, el haber establecido de manera indirecta que sólo fueran socios los hombres, resultaba simplemente una cuestión de status, lo cual es fácilmente considerado irrazonable. Si bien el contenido de la norma es una acción positiva del Estado encaminada a acelerar la igualdad entre la mujer y el hombre, la misma que es bienvenida en el marco de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y de la Ley 28983, el decreto supremo fue fuertemente criticado en su momento, porque obligaba de manera general a todas las organizaciones no lucrativas a que adecuen sus estatutos a las normas de la Constitución Política del Perú y la Ley 28983 y, además imponía sanciones desproporcionadas.

La norma es imprecisa en cuanto a lo que significa adecuación. Atendiendo al caso concreto que originó la emisión de la norma, podría estar referida a la modificación de las normas estatutarias que impiden el acceso de mujeres y hombres en las organizaciones sin fines de lucro. Sin embargo, la norma generaliza y olvida que existen diferentes tipos de organizaciones no lucrativas, hay aquellas en las que por su naturaleza, es válido, haciendo una ponderación, darle primacía al derecho de asociación y considerar que no se vulnera el derecho de igualdad, como ocurre en aquellas organizaciones no lucrativas en las que se establece que sus miembros serán únicamente hombres o mujeres, vg. Asociaciones de embarazadas, de dedicadas a la lactancia materna o, de ex combatientes de una determinada batalla, en las que no han participado mujeres; estas organizaciones no serán necesariamente discriminatorias.

Por otro lado, no es adecuado que el Estado imponga la medida positiva a través de un decreto supremo, este no es una norma para regular dicha situación, los alcances de los derechos fundamentales deben ser desarrollados en una ley.

Mediante proyecto de ley N° 2371-2008 se propuso dar fuerza de ley al D. S. N° 004-2008-MIMDES, señalándose como fundamentos que existen asociaciones que permiten a las mujeres ingresar a sus instalaciones, participar de sus diversas actividades, pero les niegan el derecho a la membresía. Estas asociaciones señalan en sus estatutos que la calidad de asociado le pertenece exclusivamente a una persona del sexo masculino, no estableciendo razones que justifiquen esta restricción, sino que además ésta no guarda ninguna relación con las actividades y la propia naturaleza de la institución. Si no existen razones objetivas y una justificación razonable del impedimento de admisión de una mujer en un club o asociación cuyos fines y objeto social es de recreación familiar, esta organización no podrá impedir el ingreso de mujeres como asociadas. El Tribunal Constitucional sostiene que cuando se niega el derecho de una mujer a incorporarse como asociada titular en asociaciones o clubes sociales, se produce una afectación

grave del principio de igualdad, un acto de discriminación contrario al principio consagrado en el artículo 2°, numeral 2 de la Constitución Política.

Como puede apreciarse, en los fundamentos del proyecto de ley se reconoce que no puede establecerse una regla general para toda organización sin fines de lucro, será discriminatoria la acción de impedir el ingreso de una mujer como asociada a una organización cuando no existan razones que justifiquen la restricción, debiendo tenerse en cuenta las actividades y la propia naturaleza de la institución. Por ende, existirán razones justificadas que permitan la existencia de organizaciones sólo de hombres o sólo de mujeres.

De otro lado el proyecto de ley N° 2371-2008, también pretendía modificar diversos artículos de la Ley N° 26772, Ley contra actos de discriminación, para establecer que la admisión a asociaciones, clubes sociales o personas jurídicas sin fines de lucro no podrán contener requisitos o mecanismos de selección y/o admisión que anulen o alteren la igualdad de oportunidades y de trato. Así también, que las asociaciones civiles, clubes sociales o personas jurídicas sin fines de lucro no podrán negar el ingreso de personas de determinado sexo, cuando este ingreso sea compatible con sus fines y objeto social, los cuales se definen por la naturaleza de sus actividades. El proyecto además establece una multa o cierre temporal del local.

Como podemos notar, el proyecto de ley buscaba corregir las generalidades e imprecisiones del D. S. N° 004-2008-MIMDES, ya que se refiere a la admisión como asociado y por otro lado, se refiere a la posibilidad de que podría existir una negativa de ingreso razonable fundado en la naturaleza de las actividades de la organización.

En el Registro Público se ha verificado que el Club inscrito en la P.E. N° 11020339 llegó a adecuar su estatuto en el plazo de la norma, modificando el

mismo para introducir expresamente que los asociados serán varones y mujeres y se estableció la posibilidad de que hijas y nietas ingresen como asociadas.

Consideramos que aquellas organizaciones que no han solicitado su adecuación, debiendo hacerlo, no obstante haber vencido el plazo, siempre tendrán la posibilidad de realizar dicha adecuación, mientras, claro está, no se haya solicitado su disolución por incumplir con la adecuación.

En esa misma línea, el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Rotary International contra el Rotary Club of Duarte* (1987), señaló que la ley que obliga a los rotarios a admitir mujeres es constitucional porque no impediría que el grupo lograra sus objetivos. El interés del Estado en suprimir la discriminación es superior al derecho de asociación del grupo.

Ferrer i Riba y Salvador Coderch, señalan, que los estatutos están sujetos a un cierto control de contenido. El control alcanza a las causas de sanción y al procedimiento para imponerlas. Los límites a la libre admisión de socios lo son también para su exclusión – pues, en ambos casos, hay identidad de razón - y por ello las asociaciones que ocupan posiciones dominantes en la vida social o económica o ejercen en ella funciones de representación de intereses están sujetas a restricciones en la fijación de causas de sanción, solución claramente aplicable al caso de los partidos políticos. En las demás asociaciones, la doctrina da por buenas tipificaciones genéricas como la de “daño a la reputación social”, “violación de las reglas de buen comportamiento deportivo” y otras similares. En particular los autores que defienden la autonomía decisoria de la asociación y la consiguiente restricción de la cognición judicial subrayan la necesidad de garantizar la legitimidad de la decisión compensando la libertad en cuanto al fondo con la sujeción a un procedimiento formal ajustado a los principios del Estado de derecho. Sobre las discriminaciones que puedan producirse al momento de la exclusión de un asociado, efectivamente, deberán aplicarse idénticas razones para proscribirlas que en el caso de la admisión. Sin embargo, si bien no existen

dudas en que debe verificarse en sede judicial el procedimiento formal de exclusión lo cual incluye la verificación de la intervención de órgano competente, es complejo determinar cuándo se involucra el fondo de lo decidido. Es un asunto discutible si debe revisarse la causa de la sanción, sobre todo cuando en el estatuto se ha fijado como causa una indeterminada o con bastante carga subjetiva, como las citadas anteriormente: “daño a la reputación social”, “violación de las reglas de buen comportamiento deportivo”. Considero que debe dejarse este asunto en el ámbito de la discrecionalidad de la organización asociativa y sólo verificar en sede judicial y constitucional cuestiones objetivas del procedimiento, salvo flagrantes violaciones a los derechos fundamentales. La naturaleza de los estatutos guarda estrecha relación con la estructura corporativa de la organización social y es prácticamente imposible extraer conclusiones en materia de sanciones que resulten generalizables sin más a todas las personas jurídicas de base asociativa (Ferrer i Riba y Salvador Coderch 1997: 123).

El control constitucional de las normas estatutarias ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano (STC 6730-2006-PA/TC, STC 2868/2007-AA/TC). Este control puede ejercerse incluso en sede administrativa, es decir, al momento de la inscripción del estatuto y sus modificaciones en el Registro Público.

Sobre esta materia queda aún mucho por hacer, y es el Tribunal Constitucional quien tendrá finalmente el control de los casos. Situaciones discriminatorias pueden presentarse al momento de la admisión o exclusión de asociados, en la toma de decisiones al interior de las organizaciones y en las normas estatutarias. Como puede apreciarse la solución se dará caso por caso, usando el test de proporcionalidad. Podría verse afectado el principio de autonomía privada cuando ocurra un conflicto entre el derecho de asociación y el derecho de igualdad, porque en determinado caso será evidente que interesará más al Estado suprimir la discriminación que preservar el derecho de asociación del grupo.

Hasta qué punto debe intervenir el Estado es una cuestión muy compleja, en la que mucho influyen los puntos de vista liberales o conservadores de quienes deciden. Se admite que la intervención del Estado se justifica cuando las organizaciones revistan interés público o se ubican en una situación de monopolio (Salvador Coderch 1997: 18).

Recientemente hubo una discusión respecto a la medida de un club campestre de disponer baños especiales para nanas, los liberales a ultranza defendían el derecho de asociación de la organización de dar esas disposiciones, mientras que los liberales conservadores, opuestos a esa postura consideraban que no era posible tolerar esas medidas.³³

Desde su visión del derecho norteamericano, Epstein no cree que el Estado debe buscar regular la membresía a organizaciones privadas, dado que el mercado mismo será el mejor test para medir que posición deberá florecer y cuál no. Menciona el caso *Boys Scouts of América V. Dale* (1999) en el que la Corte Suprema sostuvo que el derecho a la Primera Enmienda a la libertad de asociación prevalecía sobre la ley anti-discriminación que prohibía a los Boys Scouts excluir a personas gay de sus “rangos”. Considera que la libertad de asociación es un derecho derivado de la libertad de expresión, dice que si las personas quieren hablar deben trabajar colectivamente para ser eficaces. Sobre las asociaciones de hombres o de mujeres señala que no debería permitirse al Estado que incline el peso de la balanza de manera que beneficie un tipo de organización sobre otra. Las libertades de expresión, asociación y de contratar llevan consigo la idea de que el derecho a incluir o excluir puede ser ejercido por razones privadas que no necesitan ser validadas por ninguna entidad pública. Continúa señalando, respecto a ¿Cómo hemos decidir cuándo el derecho de excluir puede ser respetado o incumplido?, señala que existe ahora un complicado

³³ Véase Revista Semana Económica 28/8/2012 y el debate posterior: En: pensamientoperuano.blogspot.com

proceso de dos partes que le da una mala reputación al activismo judicial (y legislativo). En primer lugar, se nos dice que no todas las organizaciones son iguales (las asociaciones personales, las grandes corporaciones “impersonales”, las voluntarias). En segundo lugar, no todos los intereses para la libertad de asociación son iguales (la raza, por ejemplo, es más importante que la discapacidad). Finalmente, parece señalar que a los riesgos de la deslegitimación, todos somos –y debemos ser- vulnerables, en una sociedad libre (2008: 20-24).

Un caso de reciente discusión pública en Estados Unidos por lo complicado de la decisión es el de *Christian Legal Society v. Martínez* (2010), aquí la Corte Suprema señala con una decisión ajustada, que ninguna universidad pública puede dar el visto bueno a las organizaciones discriminatorias (sancionatorias de estilos de vida inmoral, según ellos) que buscan obtener el mismo privilegio que otros grupos tienen. Se privilegió el derecho de asociación de la Universidad frente al derecho de libertad religiosa de la organización privada. En casos como estos es imposible conciliar. Salen voces que dicen, si existe el derecho de una universidad pública de obligar a los republicanos para que un demócrata sea su líder o si se puede obligarse a un grupo de ambientalistas que su líder sea un leñador.

Si bien lo expuesto líneas arriba, está enmarcado en el derecho norteamericano en el que la libertad individual tiene fuertes connotaciones particulares, son ejemplificadoras las orientaciones que se exponen para efectos de tomar una decisión. Por nuestra parte, sí consideramos que hay un margen de intervención judicial y como ya dijimos será frente al caso concreto que se tenga que decidir siempre por garantizar que al interior de la organización asociativa se adopten decisiones razonables y que se preserven los derechos fundamentales.

Los criterios generales a tomar en cuenta sería el usar el test de proporcionalidad de manera rigurosa, siempre cuidando de darle el mismo peso a los derechos involucrados, evaluando los intereses desde cada uno de los derechos

involucrados, buscando una interpretación armonizadora, no habrá una solución unívoca para todos los casos, pero sí puede tenerse en cuenta el principio de dignidad, el de desarrollo de la personalidad, los alcances del principio de la autonomía privada en el derecho de asociaciones, el tipo de organización, la influencia que tienen determinadas asociaciones en la sociedad civil y las nuevas amenazas al derecho de asociación.

3.3 CONFLICTO ENTRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DEL ASOCIADO Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN

El derecho de asociación es un derecho fundamental que se manifiesta desde el individuo, sin embargo, en su ejercicio también se manifiesta de manera colectiva, a través de una persona jurídica que se convierte en un sujeto imputable de derechos y obligaciones.

Nos interesa tratar el conflicto que se suscita al interior de un grupo asociativo, entre el derecho de los miembros de la asociación y el derecho que ejerce la asociación misma a través de sus directivos.

Los socios entran en conflicto de intereses con la asociación, en este escenario, la pregunta es cómo quedan los derechos de los socios y cuál es el rol del Estado.

Martín Huertas hace referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 104/1999 de 14/6, fj 5), *que declaró el derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación*. Señala que con esto, se ha pasado, por tanto, de la prohibición de la injerencia de los poderes públicos en los asuntos internos de la asociación a la afirmación de que el derecho de asociación otorga a los socios la facultad de pedir al Estado que garantice la observancia de las normas estatutarias. El acudir a los poderes públicos para la protección de los derechos de los asociados refleja una concepción de los derechos fundamentales, no solo como derechos frente al

Estado, sino como derechos que se incorporan a las tareas que ha de desempeñar el Estado en la medida que éste tiene el poder de tutelarlos (2009: 385-386).

Esta sentencia refleja un aspecto no analizado en el Perú: *el derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación*. Se hace necesario analizarlo por su necesidad de aplicación en ciertos casos que se expondrán más adelante.

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias (Caso Huilca-Estado Peruano, entre otros) ha señalado que de la libertad de asociación no sólo se derivan obligaciones negativas, sino también obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita. Por esto, existe la necesidad de que el Estado peruano proporcione las herramientas que permitan corregir de manera efectiva las distorsiones en el ejercicio del derecho de asociación al interior de las organizaciones asociativas.

Ello, no significa vulnerar la autonomía privada del ente asociativo, sino reconocer que el derecho de asociación no es absoluto y que el mismo se ejerce sujeto a los límites impuestos por otros derechos fundamentales. Por su parte, el recorte del sustrato voluntario tampoco debe considerarse *prima facie*, ilegítima, dependerá del tipo de organización; una adecuada ponderación de los derechos involucrados siempre será necesaria.

Cabe recordar los aspectos del contenido constitucional y también del contenido esencial del derecho de asociación reconocidos por el Tribunal Constitucional peruano, estos son: el derecho de asociarse, el derecho de no asociarse y la facultad de autoorganización. Sin embargo, sus elementos no servirán de manera

definitiva para delimitarlo, dependerá de la labor argumentativa que se haga al conocer el caso concreto. Asimismo, la configuración legal del derecho también es importante tenerlo en cuenta, porque estamos frente a un derecho que tiene aspectos constitucionales y aspectos legales, y estos pueden adquirir relevancia constitucional.

El Tribunal Constitucional español ha agregado como parte del contenido esencial del derecho que nos ocupa, la dimensión *interprivatos*, como garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse.

Como señalamos, esa última dimensión no ha sido desarrollada por nuestro Tribunal Constitucional peruano, es decir, la garantía de los asociados frente a las asociaciones u organizaciones. Si bien se ha estado pronunciado en caso de conflictos internos, esto lo ha ligado a otros derechos, como a la libertad de expresión, del derecho al debido proceso, pero no como una garantía propia del derecho de asociación mismo. Consiste básicamente en que los asociados tienen el derecho de ejercer el derecho libremente al interior de la organización sin sufrir vulneraciones del mismo por parte de los dirigentes de la organización, se integra por una serie de derechos que se ejercen al interior del grupo asociativo por los socios.

Sobre la dimensión *interprivatos* Gallardo Moya citado por Martín Huertas, señala, que el ejercicio del derecho de asociación al interior del ente asociativo abarca una pluralidad de temas relativos a la forma de organización y a los procedimientos disciplinarios y de selección de dirigentes. Todo ello incluye un catálogo de derechos individuales que garantizan y tutelan el carácter democrático del ente asociativo, y entre los cuales descuellan el derecho de sufragio activo y pasivo, el derecho a la información sobre las actividades y la situación económica de la asociación, el derecho a manifestar su opinión y a expresar sus sugerencias y queja ante los órganos rectores, el derecho a no ser sancionado o expulsado si no

es mediante un procedimiento y por causas disciplinarias (Martín Huertas 2009: 368).

Como se aprecia, los derechos comprendidos en el derecho de asociación por sí mismos comprende a otros derechos: de igualdad, al debido proceso, a la información, a la libertad de expresión, a la de participación, entre otros.

Sucede, en el Perú, que en muchas organizaciones se presenta el abuso del poder privado que ejercen los directivos, poder a través del cual se vulneran derechos fundamentales. Este abuso del poder privado ocurre, cuando en las asociaciones que tienen poder económico los directivos consiguen perpetuarse en el poder, por sí mismos o trasladando el poder a directivos que pertenecen a su mismo grupo, utilizando argucias legales y judiciales; lo mismo ocurre, cuando frente a un grupo de poder emerge otro, con miembros de la organización que los secundan, buscando los mismos beneficios económicos y, reclamando para sí, ambos grupos directivos, el control de la organización asociativa.

Apreciamos por ello, que hace mucho tiempo el ejercicio del derecho de asociación, en las organizaciones en las que ocurren esas circunstancias, ha dejado de ser un derecho que sirve para el desarrollo de la personalidad y que busca cumplir con fines no lucrativos. Más aún, están muy alejados de ser grupos que buscan cambios en la sociedad civil y ser motores de la democracia. Evidentemente, dichas circunstancias que ocurren al interior de los grupos asociativos vulneran los derechos fundamentales de los asociados, como es el propio derecho de asociación, el derecho de igualdad, el derecho al debido proceso, entre otros.

La Constitución no ampara el abuso del derecho, así lo expresa el último párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú.

Sobre el ejercicio abusivo del derecho de asociación se ha escrito poco, encontramos en la doctrina colombiana a propósito de una situación especial de abuso del derecho en sindicatos, el siguiente comentario:

La doctrina y la jurisprudencia antes expuesta, nos fuerza a concluir, entonces, que un derecho abusado en su ejercicio y, en detrimento de los derechos de las demás personas, aun cuando goce de la calidad de “fundamental” no genera per se las consecuencias jurídicas a que está llamado. Por el contrario, compromete la responsabilidad por parte de quien de él abusa y, por ende, la necesidad de indemnizar los perjuicios de aquel que fue dañado en su interés legítimo (Chapman 2004: 182)

Se cuestiona un caso específico de abuso del derecho en la creación de sindicatos sucesivos, propone que la fundación de sindicatos como resultado de un abuso del derecho, es decir, sin el cumplimiento de los fines sociales del derecho de asociación, no es fuente de obligaciones por ser un acto ilegal. Considera, que carecen de eficacia jurídica, no son constitutivos de derechos ni de obligaciones para sus asociados ni para terceros (Chapman 2004: 185-186).

Consideramos que el ejercicio abusivo del derecho de asociación se presenta cuando hay un abuso del poder privado de los directivos de una organización asociativa y que, por lo mismo, vulnera el derecho de asociación de los asociados, quienes podrían invocar dicho abuso para la defensa de su derecho, exigiendo que se cumpla con los fines sociales de la organización y no con los fines particulares de los directivos.

La existencia de un conflicto de intereses entre el asociado y la asociación, resulta ser un concepto indeterminado, por lo que requiere ser concretizado.

El Tribunal Constitucional peruano no ha tratado el tema que planteamos de manera directa, sino a través de la vulneración del derecho al debido proceso y de

defensa. Así, ha establecido que el derecho de expulsión de un socio es legítimo siempre que se cumpla con el procedimiento estatutario, en el cual se haya cumplido con el debido proceso (STC 09602-2006-PA/TC, STC 05477-2005-AA, STC 1027-2004-AA). No tiene eco el voto singular que se emite en esta última sentencia, que considera que tales casos no deben llegar al Tribunal Constitucional, sino que deben ser impugnados judicialmente.

En la STC 01392-2010-PA/TC se ha considerado que el denegar el acceso a la información solicitada por el asociado, así como el desconocimiento de la condición de asociado por parte de la asociación, no incide en el contenido esencial del derecho de asociación en el extremo referido a la facultad de autoorganización, la cual implica que la asociación se dote de su propia organización, como alegaba el apelante. El demandante planteó erróneamente que esa negativa de entrega de información vulneraba su derecho a la libertad de autoorganización, sin darse cuenta que esta libertad le corresponde a la asociación y no al asociado y, estuvo errado también que el Tribunal le contestara que no violaba ese derecho, sin hacer la precisión.

En realidad, lo que se vería vulnerado es su derecho de asociación en su dimensión *interprivatos*, porque ésta comprende el derecho a ser informado de las actividades que realizan los directivos y, por ello, considero que el Tribunal tuvo la oportunidad de tratar este tema desde esta otra perspectiva.

En la STC del Exp. N° 7034-2006-PA/TC declara fundada la demanda de una persona que quería pasar de asociada preactiva a asociada activa de un club y ordenó a la demandada evaluar nuevamente y bajo expresa responsabilidad de sus directivos el pedido de incorporación de la demandante en la condición de asociada activa, motivando explícitamente las razones que sustentan su decisión. El Tribunal Constitucional consideró, que lo que estima vulnerado en el presente caso, no es exactamente el derecho de asociación ni el derecho de igualdad invocados por la recurrente, sino más bien el derecho al debido proceso

corporativo particular, entendido desde su dimensión o vertiente fundamental, que exige entre otras cosas, razonabilidad en la toma de decisiones y proscripción de todo comportamiento que denote arbitrariedad manifiesta.

Nuevamente el Tribunal Constitucional trata la vulneración de derechos al interior del grupo asociativo desde la perspectiva del derecho al debido proceso. Concretamente en la STC Exp. N° 03574-2007-AA, FJ 53, se señala que el debido proceso se aplica también en las relaciones *inter privatos* y que las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que establezcan; a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen.

En las sentencias de los Exp. 00081-2010-PA/TC, Exp. 01258-2010-AA, Exp. 01833-2011-PA/TC y Exp. 2073-2011-PA/TC, el Tribunal Constitucional considera las vulneraciones de derechos al interior de la asociación, si suceden vulneraciones al derecho al debido proceso y de defensa.

Puede apreciarse que el Tribunal Constitucional peruano no está garantizando las facultades de los asociados frente a las asociaciones, como parte del contenido esencial, como lo hace el Tribunal Constitucional español. Considero que la solución no está en admitir en el ámbito constitucional todas las colisiones que ocurren al interior de la asociación, pero sí aquellas que afectan el contenido esencial del derecho fundamental de asociación. No considero adecuado que el Tribunal Constitucional conozca las vulneraciones del derecho de asociación a través de las vulneraciones de otros derechos, debe hacerlo directamente a través del derecho de asociación, pues este comprende, como hemos tenido oportunidad de analizarlo el respeto al debido proceso y el derecho de defensa.

Cuando no hay una defensa efectiva de los derechos, porque no hay un lugar en donde las vulneraciones se resuelvan, todas se conducen al ámbito constitucional sin tamiz alguno, como no podría ser de otra manera, porque no existen los canales adecuados, ni en lo judicial, ni en lo administrativo, ni al interior de la propia organización asociativa. Al llegar los casos sin tamiz alguno al Tribunal Constitucional, puede suceder que se declaren improcedentes pretensiones que sí corresponden ser vistas por el Tribunal Constitucional. Lo importante entonces, será canalizar adecuadamente las pretensiones, de manera que los conflictos se resuelvan dónde deben resolverse y, sólo lo excepcional llegue al Tribunal constitucional.

Para el Tribunal Constitucional Peruano, dependerá entonces, de la gravedad de lesión al derecho fundamental invocado para que decida intervenir. Como ejemplo de una adecuada intervención del Tribunal Constitucional en los conflictos internos asociativos tenemos que el órgano constitucional no puede entrar a determinar si los socios expulsados cometieron una falta grave o no. En la STC 218/1988 del Tribunal Constitucional español se señala que debe limitarse a comprobar si existió una *base razonable* para que los órganos de la asociación tomen la correspondiente decisión, así, el control de los jueces no alcanza a fiscalizar su valoración: el juicio de valor no es justiciable. Sólo verificar las circunstancias. Respecto a esta sentencia Ferrer i Riba y Salvador Coderch señalan que debe haber no sólo constatación de la existencia de los hechos, sino también una base estatutaria y lícita (un grado mínimo de tipificación estatutaria), un proceso regular (garantía procesal) y debe atenderse al tipo de asociación (si tiene o no una posición dominante en el campo de su actividad) (1997: 62-63).

Los mismos autores exponen otro caso, el de una cooperativa, en la que estando de por medio una relación patrimonial entre los socios y la organización, se justifica una intervención judicial mayor: Revisar la legitimidad y el mérito de los acuerdos sociales de expulsión impugnados. En la STC del Tribunal Constitucional español, se señala que esto procede por dos razones: a) El derecho de

autoorganización de las asociaciones puede ser objeto de configuración legal. La ley de cooperativas establece que los acuerdos de expulsión pueden ser revisados judicialmente. Una cooperativa no tiene un ámbito tan amplio de autonomía decisoria sobre la procedencia de una sanción como el que puede llegar a tener, en ocasiones, una asociación privada. b) La expulsión habría causado un perjuicio económico significativo para el socio (hay una relación patrimonial), cosa que justifica el conocimiento judicial (1997: 62-63).

Dependerá entonces del tipo de organización, esto también se aplica al caso peruano. Es bueno considerar las diferencias en su tratamiento, no es lo mismo, una asociación privada con influyente poder económico y social que una asociación muy pequeña; tampoco es lo mismo una asociación con fines públicos que una asociación con fines netamente privados; una cooperativa también tiene connotaciones especiales, ni que decir de una comunidad campesina.

En las relaciones entre el poder de los directivos de la organización y los miembros de la misma, se producen constantemente pugnas en el Perú, esto se produce por el creciente poder económico o social de ciertas organizaciones asociativas, de las cuales se apoderan los directivos. Usualmente en éstas, los directivos cuando llegan al poder desean perpetuarse en los cargos, esto ocasiona una serie de vulneraciones de los derechos de los miembros: una escasa posibilidad del ejercicio real del derecho de asociación, pues se les impide ejercer su derecho a elegir y ser elegidos, a expresar sus opiniones, a controlar la gestión, a emitir su voluntad asociativa de acuerdos a sus reales expectativas; ocurre también que el interés de los mismos miembros se desvirtúa, ya no se concentran en el interés social y comunitario, sino en el interés de llegar también al poder. Los grupos que detentan el poder dentro de la organización consideran que ejercen un derecho de propiedad sobre la organización y, por ende, sobre sus bienes. Son muchos los casos de nombramientos de directivos que se judicializan, por el desgobierno que existen en las organizaciones (asociaciones, cooperativas,

comunidades campesinas en mayor número) cuando es un tema netamente interno, que debería quedar en el ámbito privado.

Un caso especial en el Perú es el de las comunidades campesinas de la costa, hace mucho tiempo estas comunidades han dejado de ser entes que buscan el interés general de los comuneros como señala el Código Civil. Estas organizaciones tradicionales tienen interés público de acuerdo a la misma norma y, en virtud del Artículo 89 de la Constitución peruana, si bien son autónomas en su organización, el Estado respeta su identidad cultural y por ende merecen su protección, pues son organizaciones integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales. Sin embargo, encontramos en inscripciones de las comunidades campesinas de la costa, que los comuneros no son agricultores y sus dirigentes se dedican a especular con sus terrenos eriazos de playas, esto es una realidad que se considera insoslayable. Así, desde que se reconoció constitucionalmente la posibilidad de que puedan transferir sus tierras, las comunidades campesinas de la Costa han dejado de ser verdaderas comunidades, hoy las rige casi exclusivamente el interés personal y económico. Esta es la impresión que se tiene por los conflictos públicos que existen en la dirección de las mismas, generadas por la propiedad de sus tierras de alto valor cercanas al mar, los cuales se manifiestan en los medios de comunicación y en el Registro Público.

Los comuneros de las comunidades campesinas no se encuentran en condiciones de retirarse porque ocasionaría consecuencias gravosas para ellos, por la pérdida económica que sufrirían y por la posición de dominio que las comunidades ejercen en los comuneros, estas forman parte de su vida misma.

Consideramos por ello, que sí existen vulneraciones del derecho de asociación cuando una organización asociativa impide la intervención de los asociados en las decisiones sobre la dirección de la misma o cuando ésta es llevada con fines particulares y no sociales.

Existen claras exigencias de la necesidad de poner límites al abuso de la posición de poder dominante de los directivos de las organizaciones. No obstante es difícil tener respuestas seguras en todos los casos. Poner límites en la intervención de las relaciones privadas es el problema. Sin embargo, nadie duda de que la intervención sea necesaria cuando existen graves vulneraciones a los derechos fundamentales, pero tampoco dudamos en que una plena eficacia horizontal de los mismos sacrificará la autonomía privada y la seguridad jurídica. Encontrar el equilibrio de valores es una tarea en la que estamos inmersos todos los involucrados.

En un panorama como el que se nos presenta no queda más que invocar al Tribunal Constitucional que intervenga en lo posible en las relaciones privadas relevantes que puedan llegar a sus manos, dentro del contenido esencial del derecho. Falta que el Tribunal Constitucional peruano desarrolle la llamada dimensión *interprivatos* para efectos que colisiones del tipo reseñado sean considerados como vulneraciones del derecho de asociación y no como vulneraciones del debido proceso o del derecho de defensa.

Los miembros de las organizaciones deben ser educados en sus derechos y deben sentir que las transgresiones al derecho de asociación de los demás son sancionadas. Esta tarea educativa también debe hacerlo el Registro Público, en su labor de control de las normas estatutarias y de las decisiones de los órganos, cuando se califican los actos de las organizaciones.

En mi ejercicio profesional he podido apreciar situaciones concretas de vulneraciones de los derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos

que menoscaban el ejercicio del derecho fundamental de asociación. Reseño algunos casos emblemáticos, los cuales evidencian la problemática que venimos exponiendo:

1. En la partida registral de la asociación (P. E. 0300051-Lima) se aprecia lo siguiente:

- a) Órgano directivo inscrito para el periodo 2006-2008.
- b) Se solicitó inscribir la modificación estatutaria que le permitiría al mismo órgano directivo permanecer en el poder y lograr la consecuente prórroga de mandato por un periodo adicional 2008-2010; esta solicitud fue denegada.
- c) Encontrándose pendiente esta solicitud se presentó una medida cautelar sobre administración judicial gestionado por un grupo opositor, designándose a quien judicialmente tendría las facultades de disposición de sus bienes, quedando suspendida las facultades del órgano directivo inscrito; la inscripción se realizó por mandato judicial, en el que se ordenó que ésta se hiciera no obstante encontrarse pendiente la inscripción de la prórroga del mandato por el periodo adicional 2008-2010.
- d) Posteriormente, otro grupo opositor presentó la solicitud de inscripción de otra medida cautelar de no innovar, dispuesta por otro Juzgado, mediante la cual se solicitó el nombramiento de otro administrador judicial y la suspensión en las funciones del órgano directivo inscrito; la misma que se inscribió por orden judicial no obstante encontrarse inscrita una medida cautelar incompatible.
- e) Se inscribió como medida cautelar innovativa la inscripción provisional de la modificación del estatuto y la prórroga del mandato del órgano inscrito, por un periodo adicional: 2008-2010; dictada en el proceso contencioso administrativo de impugnación de la resolución de la segunda instancia administrativa registral que denegó la inscripción del acto.

f) Vencido el periodo 2008 - 2010, se inscribió la medida cautelar innovativa consistente en prórroga del mandato de la directiva inscrita por el periodo 2010-2012; medida dictada en un proceso de amparo.

g) Se cancelaron las medidas cautelares de nombramientos de administradores judiciales.

h) Se solicitó la inscripción de la declaración judicial de continuación de funciones de los órganos de gobierno de la asociación, la misma que no se inscribió.

Como puede apreciarse, se trata de una asociación conflictiva por el poder económico que tiene. Diferentes grupos dentro de la asociación se disputan el control directivo, consiguiendo medidas cautelares en sede judicial de administradores judiciales, y, el que se encuentra inscrito trata de perpetuarse en el poder, impidiendo la renovación de los directivos. Incluso en un proceso de amparo se consiguió una medida cautelar innovativa que prorrogó el mandato de la directiva inscrita.

Es evidente que el derecho de asociación en su dimensión *interprivatos* se encuentra vulnerado, esto es, el derecho que asiste a los miembros que componen el ente asociativo para participar en su organización y funcionamiento, o, el derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno. En concreto, existe vulneración del derecho del asociado a la elección de los dirigentes, ya que esta elección no se está haciendo con el voto de los asociados en asamblea general, sino por decisión de un grupo a través de decisiones judiciales, incluso a través de un proceso de un amparo.

El poder privado se manifiesta como dictadura de un grupo, en perjuicio del tratamiento justo que debe recibir la mayoría de asociados. En asociaciones que han llegado a esa situación, el derecho de asociación se ha diluido, no hay una mínima puesta en común de voluntades. Lo que sucede en la cúpula del poder

privado, muchas veces no es de conocimiento de los miembros comunes de la asociación.

Adicionalmente, vemos cómo el Poder Judicial acoge esas medidas cautelares indiscriminadamente, sin tener la certeza que responden al interés de todos los asociados y, ordena la inscripción bajo responsabilidad, transgrediendo las normas registrales, pues ordena la inscripción por encima de títulos pendientes y deja sin efecto medidas cautelares de otros juzgados sin mayor sustento. Se advierte que los grupos de poder van a juzgados de cualquier provincia a conseguir las medidas que les conviene; vale decir, se nota un mal uso del derecho de asociación y, por ende, su total desprestigio.

2. En la partida registral de la cooperativa (P. E. N° 11013631-Lima) se encuentra lo siguiente:

- a) Medida cautelar de suspensión de directivos.
- b) Nombramiento del consejo de administración 2009.
- c) Remoción del gerente general y nombramiento de un nuevo gerente general.
- d) Nulos los acuerdos de nombramiento del consejo de administración, por orden judicial.
- e) Nombramiento del consejo de administración 2012.

En este caso, se aprecia que existe otro grupo de poder que solicitó la suspensión de directivos y luego la nulidad del nombramiento del consejo de administración del 2009 ante el Poder Judicial, sin embargo, el mismo grupo ya inscrito obtiene el nombramiento de su directiva para el periodo 2012. Nuevamente vemos que hay dos grupos que se enfrentan por el gobierno de la asociación, los directivos

vuelven a ser elegidos no obstante haber sido cuestionados en sede judicial, no hay una puesta en común de un acuerdo de voluntades, el derecho de asociación en su faz de derecho de elección de los dirigentes se ve vulnerado, así como el derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación.

3. En la partida registral de la asociación (P. E. N° 03001763-Lima) figura lo siguiente:

- a) Ratificación de junta directiva 2005-2007.
- b) Demanda de nulidad de la asamblea general que decidió la ratificación de la junta directiva 2005-2007.
- c) Junta directiva 2007-2009.
- d) Demanda de impugnación de acuerdos adoptados en la asamblea que eligió a la junta directiva 2007-2009.
- e) Junta directiva 2009-2011.
- f) Medida cautelar de no innovar consistente en no inscribir en la partida ningún acto jurídico, dispuesta por un juzgado civil.
- g) Medida cautelar de nulidad de actos inscritos en el asiento registral de constitución y que se deje subsistente la inscripción de la junta directiva 2009-2011.
- h) Junta directiva 2010-2012, inscrita por orden de un juzgado laboral, en donde se determinó que es sucesora de la junta directiva 2009-2011.
- i) Demanda de nulidad de los actos indicados en los puntos g) y h).

Se aprecia que esta es una de las asociaciones más conflictivas, en la que el derecho a participar en la vida de la asociación se ve bastante vulnerado, porque las decisiones son dispuestas por orden judicial a petición de un grupo de asociados, ya no se deciden los actos asociativos en asamblea general al interior de la asociación. Demuestra un abuso del poder privado, abuso que es protegido en sede judicial. Nuevamente advertimos que el conjunto de derechos de la dimensión *interprivatos* del derecho de asociación se ve vulnerado.

4. En la partida registral de la asociación (P. E. N° 01851209-Lima) se encuentra lo siguiente:

- a) Medida cautelar genérica de nombramiento de administradores provisionales.
- b) Cancelación de la medida cautelar indicada en el punto a).
- c) Demanda de impugnación de acuerdo de elección de consejo directivo no inscrito.
- d) Medida cautelar de no innovar por el cual se ordena que no se realice ninguna inscripción referente a la elección de algún consejo directivo. Se ordena por mandato reiterativo no obstante existir títulos presentados con anterioridad y que tendrían prioridad para ser atendidos. Inscripción realizada bajo apercibimiento judicial.
- e) Medida cautelar de no innovar dictada por Juez Penal, por el cual se ordena suspender la inscripción de un título con el que se pretende inscribir un consejo directivo. Asimismo, se ordena conservar la situación actual de hecho y de derecho de la partida registral. Inscripción realizada bajo apercibimiento judicial.

- f) Medida cautelar dictada por Juez Civil, sobre nombramiento de administradores provisionales, supeditado a lo que se resuelva en el proceso penal antes indicado. Inscripción realizada bajo apercibimiento judicial.
- g) Se cancela la medida cautelar indicada en el punto d).
- h) Se cancela la medida cautelar indicada en el punto e)
- i) Se cancela la medida cautelar del punto c).
- j) Consejo directivo periodo 2004-2007, el mismo que no podía ser inscrito por las medidas cautelares.
- k) Medida cautelar innovativa mediante la cual se suspende los efectos de la asamblea general en la que se nombra al consejo directivo señalado en el punto j).
- l) Cancelación de la medida cautelar del punto k).
- ll) Consejo directivo, periodo 2007-2010.
- m) Consejo directivo, periodo 2010-2013.
- n) Demanda de nulidad de acuerdos

Como puede apreciarse esta también es una asociación altamente conflictiva, los acuerdos que se inscriben son constantemente cuestionados judicialmente por otro grupo de la asociación. Las decisiones ya no son tomadas en el seno de la asociación, sino en los procesos judiciales. Se evidencia que los grupos de poder que pierden las elecciones cuestionan las decisiones judicialmente en los Juzgados que conviene a sus intereses, en donde se dictan medidas cautelares que paralizan el desenvolvimiento normal del grupo asociativo, nombrándose a administradores judiciales, quienes no responden a los intereses del grupo

asociativo, sino a los intereses del grupo que los propone. Estas intervenciones judiciales cambian radicalmente la naturaleza de las inscripciones y el normal desenvolvimiento del grupo asociativo, vulnerándose evidentemente el derecho de asociación de los miembros de la asociación que no participan en esos litigios. La faceta del derecho de asociación referido a los derechos vinculados al haz de facultades que tiene el asociado frente a la asociación se ve enormemente vulnerado. Los dirigentes no están respetando los estatutos y por ende están afectando el derecho de asociación de los miembros de la asociación.

5. En la partida registral de la asociación (P. E. N° 01896601-Lima), no obstante tener fines benéficos y filantrópicos entre otros, encontramos lo siguiente:

- a) Medida cautelar de no innovar que dispone abstenerse de realizar actos jurídicos de carácter dispositivo a los representantes.
- b) Medida cautelar que dispone suspender las facultades de los representantes.
- c) Medida cautelar de designación de Administrador Judicial y sus facultades.
- d) Medida cautelar de Administrador Provisional y sus facultades, dispuesta por un Tribunal Arbitral.
- e) Se deja sin efecto la medida cautelar del punto c) y se modifica en cuanto se ordena que los apoderados se abstengan provisionalmente de solicitar demandas, medidas cautelares o actos de análoga naturaleza.
- f) Medida cautelar ampliatoria del Tribunal Arbitral, designándole mayores facultades al Administrador designado del punto d).

Como puede advertirse, el destino de esta asociación ya no se decide en el ámbito interno de la misma, sino en los tribunales de justicia o arbitrales. Resulta incluso confuso determinar en algún momento quien la representa.

Notamos claramente que el derecho de asociación se encuentra distorsionado, ya no es un derecho que se ejerce en libertad, sino condicionado, bajo los parámetros del Juez, quien atiende las peticiones del grupo de poder demandante de la organización asociativa. Nótese, que el Juez; a petición del respectivo grupo de poder que lo solicita, decide sobre el gobierno interno del grupo asociativo. Claramente se advierte la vulneración del derecho de asociación del asociado por parte de los dirigentes.

6. En la partida registral de la asociación (P. E. N° 1191950):

- a) Consejo directivo por 2 años 2006-2008.
- b) Medida cautelar de no innovar. Ordena que se mantenga la situación de hecho hasta el momento de la convocatoria judicial a asamblea que debe convocar X, debiendo abstenerse de inscribir cualquier acto en los Registros Públicos.
- c) Cancelación de la medida cautelar.
- d) Consejo directivo 2008-2010.
- e) Anotación de demanda de nulidad del contenido del acta de elección del consejo directivo y de nulidad de la inscripción.
- f) Consejo directivo 2010-2012
- g) Consejo directivo 2012-2014.
- h) Solicitud de inscripción de consejo directivo 2012-2014 elegido en asamblea general convocada judicialmente.

Igualmente apreciamos que en esta persona jurídica, quienes no consiguen obtener el poder por la vía normal, es decir, a través de elecciones realizadas al interior de la persona jurídica, tratan de conseguirlo judicialmente. Nuevamente se advierte la vulneración de los derechos de los asociados en su dimensión *interprivatos*, principalmente, el derecho a intervenir de forma normal en la vida de la asociación, participando en ésta a través de las asambleas generales.

7. En la partida registral de la comunidad campesina de la costa (P. E. N° 01953613-Lima) se visualiza lo siguiente:

- a) Por mandato judicial conminatorio se inscribe la directiva comunal periodo 2009-2011, presidente A.
- b) Se anota la sentencia por mandato judicial conminatorio que ordena la convocatoria judicial a asamblea general en la que se aprobará el nuevo padrón general de comuneros y la elección del comité electoral.
- c) Directiva comunal periodo 2011-2013, nuevamente presidente A.
- d) Por mandato judicial conminatorio se inscribe la directiva comunal periodo 2011 -2013, presidente B.
- e) Medida cautelar de no innovar, por mandato judicial conminatorio, con la finalidad que se conserve la situación de derecho existente a) y c); es decir, directiva comunal presidida por A.
- f) Vigencia de medida cautelar, se precisa que debe mantenerse vigente a), c) y e).

Encontramos claramente, vulneraciones al derecho de asociación por parte de dos grupos de poder que buscan tener el control del ente asociativo, por esta razón es que dijimos que hace mucho tiempo las comunidades campesinas de la costa han

dejado de ser entes que buscan el interés general de los comuneros como señala el Código Civil.

Estas organizaciones tradicionales tienen interés público de acuerdo a la misma norma y, en virtud del Artículo 89 de la Constitución peruana, si bien son autónomas en su organización, el Estado respeta su identidad cultural y por ende merecen su protección. Sin embargo, encontramos en inscripciones de las comunidades campesinas de la costa, que los comuneros no son agricultores, y sus dirigentes se dedican a especular con sus terrenos eriazos, y si estos están en las playas, la especulación es mucho mayor. Lo que menos les interesa son los fines no lucrativos, pues mal utilizan el derecho que les ha concedido la Constitución de poder disponer de sus tierras.

Asimismo, hacen mal uso de las medidas cautelares para conseguir por medio de ellas quedarse en el poder, con la anuencia de malos jueces, la medida cautelar de un juez es dejada sin efecto por el juez de otro juzgado, a estos jueces no les interesa vulnerar el derecho general de los comuneros de elegir de manera pacífica a sus dirigentes en asamblea general. La asamblea general ha dejado de ser el órgano directo en donde se elige a los dirigentes, sino se consigue por la vía ordinaria la inscripción, se consigue ésta a través de mandatos judiciales conminatorios. Claramente existe una vulneración al derecho de los asociados por parte de los dirigentes.

8. En la partida registral de la comunidad campesina de la costa (P. E. N° 21000661-Cañete) se encuentra lo siguiente:

- a) Medida cautelar de no innovar, mediante la cual se suspende a una directiva comunal y se ordena que se abstenga de realizar actos de disposición de bienes.
- b) Cancelación de la medida cautelar.

- c) Nombramiento de directiva comunal ordenada inscribir bajo responsabilidad por un Juez.
- d) Cancelación del nombramiento señalado en el punto c) por orden judicial.
- e) Cancelación del asiento d) por orden judicial, debiendo tenerse en cuenta como última directiva la referida en el punto c).
- f) Elección de directiva comunal por un siguiente periodo 2007-2009, reeligiéndose el referido en el punto c).
- g) Elección de directiva comunal por un siguiente periodo 2009-2011 apoyada por otro grupo de poder. Se solicitó al juez que disponga que la directiva elegida cuando la anterior se encontraba vigente, sea diferida en el tiempo, para que rija a partir del 2009-2011.
- h) Demanda interpuesta por la directiva inscrita contra otro grupo de poder que decidió en asamblea general su remoción y eligió a nuevos miembros de la directiva comunal para un siguiente periodo.
- i) Medida cautelar de no innovar que dispone conservar la situación de hecho referida en el punto g).

Se puede apreciar de lo consignado, que los grupos de poder al interior de la organización asociativa se disputan su dirección, pero en donde consiguen hacer prevalecer sus decisiones no es donde naturalmente corresponde, en la asamblea general, sino en los juzgados; así cuando las decisiones de la asamblea le son esquivas van donde los jueces y consiguen variar decisiones de la asamblea general. Clara vulneración de los derechos de los asociados al interior del grupo asociativo: A intervenir de forma normal en la vida de la asociación y al

cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación.

9. En la partida de la comunidad campesina de la costa (P. E. 21000215-Lima) aparece lo siguiente:

- a) Levantan judicialmente la medida cautelar innovativa que suspendió los efectos de inscripción de directiva comunal.
- b) Directiva comunal.
- c) Medida cautelar que dispone prorrogar la vigencia de la directiva referida en el punto b).
- d) Directiva comunal.
- e) En procesos de amparo y de medidas cautelares fuera de proceso se dictan diversas medidas cautelares que disponen que el Registrador se abstenga de calificar títulos y se suspenda la inscripción de los mismos, bajo responsabilidad.
- f) Cancelación de las medidas cautelares.
- g) Directiva comunal.
- h) Medidas cautelares que dispone la suspensión de la calificación de títulos y que no se inscriban títulos en la partida y señala a los Registradores cómo deben calificar, bajo responsabilidad.
- i) Levantamiento de las medidas cautelares.
- j) Directiva comunal.

Encontramos nuevamente que los órganos de gobierno se deciden por imposición de los grupos de poder, quienes acuden a los jueces para que actúen de acuerdo a su conveniencia. Por orden judicial un grupo de poder logra que en el Registro no se inscriba nada, para impedir que el otro grupo pueda ingresar y así tener el camino llano para que pueda ingresar cuando por fechas le corresponde, de ese modo se logra que un grupo se perpetúe en el poder. Notamos que el ejercicio del derecho de asociación no responde más que a intereses personales. Es verdad que los comuneros tampoco se encuentran ajenos a esta problemática, muchos de ellos participan de esos actos ilícitos, dejándose llevar tal vez por lo que ya consideran un modo normal del ejercicio de su derecho. Clara vulneración de los derechos de los asociados al interior del grupo asociativo: A intervenir de forma normal en la vida de la asociación y al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación.

10. En la partida de la comunidad campesina de la costa (PE 21000278-Lima) se verifica lo siguiente:

- a) Directiva Comunal 2007-2009.
- b) Medida cautelar innovativa para que la directiva comunal no realice actos de disposición de los predios o bienes de la comunidad, dictada en el proceso seguido por un comunero contra la directiva comunal.
- c) Cancelación de la medida cautelar innovativa del punto b).
- d) Medida cautelar innovativa que ordena que se suspendan los efectos de la inscripción de la Directiva Comunal 2007-2009 y que se prorrogue la vigencia de la directiva comunal 2005-2007, mientras dure el proceso principal y se elija a la nueva directiva, en el proceso seguido por un comunero contra la directiva comunal.

- e) Cancelación de la medida cautelar innovativa del punto d).
- f) Medida cautelar innovativa de nombramiento de administrador judicial (2/2010), quien actuará con todas las atribuciones y facultades iguales a las que goza toda directiva comunal y declara suspendidos todos los efectos legales de la Directiva Comunal 2007-2009. Se ordena además la suspensión judicial de títulos pendientes presentados por otro grupo de la persona jurídica, para permitir la inscripción de la medida cautelar. La inscripción se realiza por mandato del juez bajo responsabilidad.
- g) Cancelación de la medida cautelar innovativa.
- h) Medida cautelar en forma de administración. Se nombra un nuevo Administrador Judicial (8/2010) con las mismas atribuciones y facultades de una directiva comunal y se ordena la suspensión de todos los actos legales y sus efectos a partir de la fecha que realice cualquier otra persona o directiva comunal de la comunidad.

Apreciamos que la selección de dirigentes no se está decidiendo en el seno de la persona jurídica sino en sede judicial. Los comuneros que no están de acuerdo con la directiva elegida e inscrita, recurren al Poder Judicial solicitando medidas cautelares para suspender sus efectos, logrando que este Poder del Estado intervenga en asuntos internos de la persona jurídica, como es la autonomía en la selección de sus dirigentes. Se nombra a administradores judiciales, quienes no responden a los intereses del grupo asociativo, sino a los intereses del grupo que los propone. El derecho de asociación de los comuneros se ve vulnerado con esta intervención.

Es verdad que es legítimo que el Poder Judicial intervenga en un caso de conflicto entre directivas de una misma persona jurídica, sin embargo, lo que no parece razonable es que haya un abuso de las medidas cautelares que designan

administradores judiciales, nombrándoseles a petición de cualquier asociado sin que estos pasen por un proceso de elección regular que los legitimaría ante la persona jurídica y se les da todo el poder de dirigentes. Estas distorsiones además de evidenciar claras vulneraciones al derecho de asociación de los asociados, menoscaba el derecho que nos ocupa.

Hemos reseñado la situación actual del derecho de asociación. Encontramos incluso, esta misma problemática en algunas sociedades, aunque con menor intensidad; también en personas jurídicas del interior del país; el panorama no puede ser más desalentador.

La situación se repite en algunos colegios profesionales, con las connotaciones especiales de estos grupos asociativos, en los que incluso se afecta el derecho del ejercicio de la profesión, no es raro encontrar grupos de poder paralelos, que exigen cotizaciones a los profesionales, quienes se encuentran en la disyuntiva de no saber a quién pagar. Se dice que es un mal uso de los instrumentos legales, sin embargo, más allá de eso, nos hace ver que el derecho de asociación que ahí se ejerce se encuentra en franco deterioro.

El Tribunal Constitucional debería tener la oportunidad de pronunciarse sobre esta vulneración de los derechos fundamentales a este nivel: el derecho concreto de elegir directivos, de asistencia a las asambleas generales, el derecho a voto, el derecho a intervenir de forma normal en la vida de la asociación, el derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación, entre otros; se requiere que reconfigure el derecho. Asimismo, el Estado no puede permanecer impávido ante esta exigencia de intervención en el derecho, la necesidad es impostergable, en tanto se verifica que la justicia ordinaria no reconoce los alcances y límites del derecho de asociación y no sabe cómo enfrentar sus conflictos, permitiendo su mal uso por malos directivos. Asimismo, se verifica que el Registro Público no otorga una respuesta adecuada a la problemática que se presenta.

Resumiendo, sostenemos que la dimensión *interprivatos* del derecho fundamental de asociación, no ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano, pues las vulneraciones al interior de las organizaciones asociativas las ha tratado como vulneraciones a otros derechos, como al debido proceso, al derecho de defensa, entre otros. Se requiere que el Tribunal Constitucional peruano aborde las vulneraciones a la serie de derechos de los asociados frente a los grupos asociativos a los que pertenecen o a los que pretendan incorporarse, comprendidos en el derecho de asociación, a través del derecho mismo y no a través de derechos fundamentales vinculados. Estos derechos comprendidos dentro del derecho de asociación son, en líneas generales, una pluralidad de derechos relativos, a la forma de organización, a los procedimientos disciplinarios y de selección de dirigentes. Así, se hará efectivo, entre otros, el reclamo constitucional del derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno, el derecho a la información sobre las actividades y la situación económica de la asociación, el derecho a manifestar su opinión y a expresar sus sugerencias y quejas, el derecho a no ser sancionado o expulsado sino es mediante un procedimiento y por causas disciplinarias; esto último, desde la perspectiva del derecho de asociación.

Existe pues, la necesidad impostergable que el Estado adopte acciones positivas respecto del derecho de asociación. La forma la trataremos en el siguiente capítulo.



CAPÍTULO IV

ACCIONES ESTATALES EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

4.1 CUESTIONES PRELIMINARES

La intervención estatal en los derechos de libertad es cuestionada desde la perspectiva de invasión en el ámbito de la libertad personal. Sin embargo, como hemos venido sosteniendo, las acciones positivas del Estado se justifican cuando se presentan graves lesiones a esos derechos fundamentales.

La intervención que abordamos no se encuentra referida al ejercicio de un control o seguimiento del Estado de los grupos asociativos, negándoles su desenvolvimiento y desarrollo o disponiendo su disolución, sino que se refiere a que el Estado tiene el deber de tutelar los derechos fundamentales generando mecanismos de protección para fortalecerlos. Esta intervención se encuentra en la línea de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias (Caso Huilca-Estado Peruano, entre otros): de la libertad de asociación no sólo se derivan obligaciones negativas, sino también obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita. Por esto, existe la necesidad de que el Estado peruano proporcione las herramientas que permitan corregir de manera efectiva las distorsiones en el ejercicio del derecho de asociación al interior de las organizaciones asociativas.

Asimismo, mencionamos la doble dimensión de los derechos fundamentales, desde la perspectiva de la dimensión social el Estado tiene un conjunto de obligaciones para favorecer la plena vigencia de los derechos fundamentales. Hay un auténtico deber de los poderes públicos para remover todos aquellos obstáculos que puedan, de alguna manera, mermar su libre ejercicio y desarrollo y, más aún, tomar parte activa en este desarrollo, fomentando el asociacionismo, de modo que no implique su fiscalización. Tanto, los órganos internos de la asociación en el mismo seno de la comunidad como exteriormente los poderes

públicos están obligados a garantizar que la actividad asociativa se pueda desarrollar en forma óptima, con pleno respeto a la dignidad de la persona (Martín Huertas 2009: 411).

En la sentencia del Exp. 011-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional peruano, plantea posible la intervención del Estado en algunas organizaciones, a través de su participación directa o a través de su permanente supervisión. Se hace una distinción, entre aquellas asociaciones que nacen de la voluntad y se encuentran protegidas por el artículo 2 inciso 13 de la Constitución, en la que no cabe ningún intervencionismo estatal, salvo la afectación del orden legal o los derechos de terceros; de aquellas que nacen por voluntad del Estado como personas jurídicas de derecho privado, pero debido al interés público o social que reviste sus fines (seguridad social), sí cabe una labor más cercana del Estado, sea a través de su participación directa, sea a través de su permanente supervisión y, por ende, indica, se encuentran fuera de la protección del artículo 2 inciso 13 de la Constitución³⁴.

Así, de acuerdo a esta sentencia el punto de diferencia estaría en cómo nacen las asociaciones, si es por voluntad de los asociados no cabe el intervencionismo estatal (participación directa del Estado o permanente supervisión), salvo situaciones excepcionales que justifiquen de manera razonable la intervención, si nacen por voluntad estatal, el intervencionismo estatal será posible. Como precisamos no es esta intervención la que proponemos, sino aquella que proviene

³⁴ Sentencia del Exp. 011-2002-AI/TC:

FJ 7 "Lo dicho permite concluir que la existencia de la CBSSP no depende de un factor volitivo por parte de los recurrentes, elemento imprescindible para el caso de las asociaciones protegidas por el inciso 13), artículo 2º, de la Norma Fundamental, puesto que así como a ellos no les correspondió su creación, tampoco depende de ellos su existencia o, en su caso, su disolución. El Estado delegó en 1993 la administración absoluta de la entidad a los armadores y pescadores, lo que en modo alguno puede adjudicarles título asociativo de ningún orden. Por lo demás, la especial finalidad social que cumple la institución, la excluye de aquellas organizaciones jurídicas protegidas por el derecho de asociación establecido en la Constitución. En consecuencia, la demanda (de inconstitucionalidad de la Ley N.º 27766, Ley de Reestructuración Integral de la CBSSP) debe desestimarse en este extremo (de atentatoria a la libertad de asociación)". Los agregados entre paréntesis son nuestros.

de la propia vigencia de los derechos fundamentales: un deber de protección y fomento de los derechos fundamentales por parte del Estado.

En las organizaciones asociativas que nacen por la voluntad de los privados, la manera en que el Estado debe intervenir es a través de mecanismos de protección para fortalecer el derecho de asociación.

En este punto nos interesa, por lo tanto, destacar las obligaciones de tipo positivo a cargo del Estado con relación al derecho de asociación. En el ejercicio del derecho de asociación hemos podido apreciar que se producen graves lesiones al interior de algunos grupos asociativos, ocasionados por los directivos, quienes se han convertido en nuevos centros arbitrarios de poder, como hemos relatado en el capítulo anterior. Por lo tanto, los deberes de protección y acciones positivas directas frente al derecho de asociación se encuentran más que justificados.

El Estado como garante de los derechos fundamentales, debe fortalecer el derecho de asociación y corregir las distorsiones que ocurren en el ejercicio de este derecho y su vinculación con otros derechos fundamentales al interior de la organización asociativa. Principalmente, estas distorsiones ocurren cuando existen afectaciones en el normal ejercicio del derecho de asociación del asociado al interior del grupo asociativo originado por los directivos.

En este plano, las formas de tutela deben sustentarse. La impugnación de los actos lesivos al contenido constitucional que provienen de las organizaciones no lucrativas privadas o sus miembros, que buscan reparar el daño causado, se conseguirá primordialmente, como es natural, en sede constitucional y en sede de la justicia ordinaria. Los casos urgentes y graves deben ser resueltos en la justicia constitucional y los otros no por ello menos graves en la justicia ordinaria, dejando para el contencioso administrativo aquellos casos en los que interviene de por medio la autoridad administrativa.

Otro lugar en donde debe cautelarse el derecho fundamental de asociación desde una distinta perspectiva al constitucional y judicial es en sede administrativa, vale decir, en los Registros Públicos.

Una solución que recorre transversalmente el problema, es contar con una normativa que desarrolle el derecho fundamental de asociación. La norma constitucional hace remisión a la ley, ley que hasta la fecha no se ha aprobado. No basta el contenido del Código Civil, porque este solo regula a la organización asociativa, se hace necesaria la aprobación de una ley de desarrollo constitucional del derecho mismo, que desarrolle los aspectos del derecho dentro de los márgenes del contenido constitucionalmente del derecho y su protección constitucional, entre otros aspectos. Coexistirá con las normas del Código Civil y con las demás leyes que desarrollan las distintas formas asociativas.

4.2 ACCIONES NORMATIVAS

Las acciones normativas que corresponde al Estado, básicamente se manifiesta a través de una ley de desarrollo constitucional que regule los aspectos constitucionales y legales del derecho de asociación, así como su protección constitucional.

El artículo 2 inciso 13 de la Constitución peruana establece que el derecho de asociación se ejerce “con arreglo a ley”. Encontramos que existe una omisión del Estado al no haber dictado una ley de desarrollo constitucional sobre el derecho fundamental de asociación. Esto es, una norma genérica de desarrollo del artículo 2 inciso 13 de la Constitución.

Se ha considerado que las normas del Código Civil que regula a las personas jurídicas en general, a la asociación y otras formas jurídicas, es suficiente; sin embargo, no se debe confundir entre la regulación del derecho fundamental de

asociación y la regulación de los tipos de organizaciones que nacen del ejercicio de ese derecho.

Por lo tanto, tampoco serán suficientes, las distintas leyes especiales referidas a las diversas personas jurídicas: cooperativas, comunidades campesinas, comunidades nativas, organizaciones sociales de base, entre otras; pues en estas lo que se establece es el régimen legal de esas distintas formas de personas jurídicas.

La Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú prevé que las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional, estableciendo dos temas prioritarios.

Sobre las leyes de desarrollo constitucional el Tribunal Constitucional ha afirmado en la STC 008-2005 PI/TC lo siguiente:

“FJ 9. Con la expresión ‘Ley de desarrollo constitucional’, la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador. Forman parte de su contenido “natural” las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7° y 27° de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas”.

Ello significa, desde luego, que la condición de “leyes de desarrollo constitucional” no se agotan en aquellas cuyas materias se ha previsto en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, esto es, a lo que allí se alude como leyes en materia de descentralización y las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos; dado que sobre estas últimas, la Constitución sólo ha exigido del legislador cierto grado de diligencia (“prioridad”) en su dictado. (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1°, 2° 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, Exp. N.º 005-2003-AI/TC, *mutatis mutandis*, fundamento 38”).

FJ 10. “(...) En ese sentido, el Congreso de la República e incluso el Poder Ejecutivo, en el caso de Decretos Legislativos, son competentes para asignar determinadas denominaciones cuando se trata de leyes que regulan aspectos generales sobre una materia a fin de sintetizar su alcance integral, empleando para ello las denominaciones de Ley de Bases, Ley Marco y Ley General, según corresponda, pero que, en definitiva, constituyen la fuente normativa de ley expedida por el Congreso de la República. (...)”.

Conforme a ello, las leyes de desarrollo constitucional son, entre otras, leyes ordinarias a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas, como ocurriría con el derecho fundamental de asociación.

Estas leyes de desarrollo constitucional, son leyes genéricas, que forman parte del bloque de constitucionalidad. Tenemos como ejemplo: - La Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733, que desarrolla el contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 2 inciso 6 de la Constitución, así como establece medidas orientadas, a su respeto y garantía. - La Ley de Libertad Religiosa, Ley N° 29635, que desarrolla el contenido, los alcances y límites del derecho reconocido en el artículo 2 inciso 3 de la Constitución.

El bloque de constitucionalidad se encuentra previsto en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional peruano de la siguiente manera:

“Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes, que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona” (El subrayado es nuestro).

El bloque de constitucionalidad, según el Tribunal Constitucional peruano ha sido expresado en la STC Exp. 00046-2004-PI/TC:

“4 (...), En ese sentido, debe rescatarse lo también expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia precitada, cuando señala que “La competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal (...)”, y donde “Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...)”; en consecuencia, y desde una perspectiva orgánica, “(...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él” (Exp. Nº 0689-2000-AA Fund. 10.5).

5. Por ello, debe precisarse que la Constitución y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad establecen tanto la competencia material así como la competencia territorial, entre otros aspectos vinculados al tema, siendo la nota condicionante de la competencia estatal, la de ser indelegable, taxativa, razonable y proporcional.

6. Este desarrollo del bloque de constitucionalidad fue posteriormente complementado en la sentencia recaída en el Exp. N° 0007-2002-AI, y reproducida en algunos extremos en la resolución que recayó en el Exp. N° 0041-2004-AI, en donde se expuso que el parámetro de control en la acción de inconstitucionalidad, en algunos casos comprende a otras fuentes distintas de la Constitución “(...) en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de *'normas sobre la producción jurídica'* en un doble sentido; por un lado, como *'normas sobre la forma de la producción jurídica'*, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como *'normas sobre el contenido de la normación'*; es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido” (Fund. 5).

7. Esta capacidad que tienen las fuentes que formalmente no son constitucionales es lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad*, y, por ello, “La interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional no sólo abarca las normas constitucionales propiamente dichas, sino que se extiende a todas las demás comprendidas en el denominado bloque de constitucionalidad” (Exp. N° 1049-2003-AA)”.

Las normas de desarrollo constitucional forman parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, forman parte del parámetro del control de constitucionalidad, porque son normativamente integrados a la norma constitucional por la propia Constitución.

De esta manera, dejamos de concebir el texto constitucional como un cuerpo de normas organizadas en un código, para reconocer más bien que existen determinadas fuentes del Derecho que también forman parte de una Constitución sin estar incorporadas entre sus disposiciones. La utilidad práctica del “bloque de constitucionalidad” se percibe como una nueva herramienta del operador jurídico

para interpretar las normas en función a las disposiciones constitucionales, entre sus bondades, podemos destacar que se trata de un medio para descubrir los vicios de constitucionalidad, un freno a los actos estatales arbitrarios, un parámetro de control de la constitucionalidad, así como una expresión de fuerza normativa de la Constitución. Las fuentes que forman parte del bloque de constitucionalidad también gozan de jerarquía constitucional formando así un conjunto normativo de igual rango. Las normas que integran el bloque son verdaderas fuentes de derecho, ya que, dado que su contenido opera como un conjunto de disposiciones básicas, también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento jurídico. Hay dos grupos distinguibles dentro del bloque, pero que se complementan, el duro o rígido, compuesto por las leyes orgánicas del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, reglamento parlamentario, ley del ejecutivo, Defensor del Pueblo, Código Procesal Constitucional, así como los tratados internacionales sobre derechos humanos tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución) como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), la jurisprudencia en materia constitucional, y las normas relativas a la descentralización política, por guardar una íntima relación con la Constitución. El segundo grupo de normas tendría un carácter más flexible, ya que estaría conformado por aquellas fuentes que guardan una relación más estrecha con la Carta Magna, pero además con aquellas normas cuya constitucionalidad se cuestiona, es el caso de las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran (Hakansson 2006: 137-141).

De otro lado, el estatuto de la organización asociativa, es la norma básica que regula el funcionamiento del grupo asociativo y las relaciones internas entre los asociados. Es una norma fundamental dentro del grupo asociativo, porque son las reglas que los mismos miembros aprueban para que rija su vida jurídica. Es una norma especial, es decir propia de cada grupo asociativo, aprobada en sesión del máximo órgano de la entidad asociativa.

Suele decirse que un grupo social se institucionaliza cuando crea su propia organización y por medio de ella llega a ser un ordenamiento; en nuestro caso la autonomía de la voluntad de los asociados crea un ordenamiento jurídico privado diferente del ordenamiento legal, aunque subordinado a él, que se encarna en los estatutos sociales. Precisamente, es el margen de libertad reconocido a los asociados en la configuración de aquél, el que nos va a dar la medida del mayor o menor intervencionismo legal, y, en última instancia, del respeto por la vertiente organizativa del derecho de asociación (Cabanas Trejo 2000: 104).

El estatuto no obstante no formar parte del bloque de constitucionalidad, debe contener normas acordes con los valores constitucionales. En tal sentido, los estatutos no deben contener normas contrarias a la Constitución ni a los valores en ella consagrados; principalmente, en las normas sobre admisión de asociados, en el régimen disciplinario y procedimiento sancionatorio, en las causales de expulsión, en las elecciones de los órganos directivos, entre otros asuntos.

Cabe destacar aquí, que estará en manos de la organización asociativa, el regular en el estatuto, en caso así lo considere, controles sobre los directivos por parte de los asociados, garantizaría mejor el ejercicio del derecho individual frente a la organización en aquellas organizaciones asociativas que lo requieran.

Por lo tanto, es necesaria una ley que regule el ejercicio del derecho de asociación, no basta el Código Civil, ni las normas especiales que regulan el régimen jurídico de las diversas formas asociativas; estos cuerpos normativos básicamente no contienen normas de alcance constitucional respecto del derecho de asociación; se encuentra más referidos al ente que se crea: la asociación, desde el punto de vista civil o, a las distintas formas asociativas, desde el punto de vista corporativo. La norma que se propone existirá sin perjuicio de las normas del Código Civil y las leyes especiales indicadas.

Como referente para formular una ley, tenemos la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación del año 2002, de España; así como las distintas leyes de asociaciones de las comunidades autónomas de España.

Son tres los criterios orientadores de la ley española: Generalidad (carácter supletorio), minimalidad (ley de mínimos) y brevedad y concisión (líneas generales). En la ley no hay interferencia por parte del Estado, sino que más bien lo garantiza, incluso en el seno de la asociación. La intervención garantizadora del derecho no significa interferencia. El Estado tiene la facultad de adoptar medidas precisas dirigidas al amplio desarrollo del derecho de asociación (Martín Huertas 2009: 88).

En la Exposición de Motivos de la ley orgánica española, se fundamenta la ley en que el derecho fundamental de asociación constituye un fenómeno sociológico y político, como tendencia natural de las personas y como instrumento de participación, respecto al cual los poderes públicos no pueden permanecer al margen. Por ello, el régimen general del derecho de asociación que propone, es compatible con las modalidades específicas reguladas en leyes especiales (partidos políticos, sindicatos, entre otros). Con este objetivo se establece un régimen mínimo y común, que es, además, el régimen al que se ajustarán las asociaciones no contempladas en la legislación especial. También en dicha Exposición de Motivos se señala, que el Comité Económico y Social de la Unión Europea en su Dictamen de 28 de enero de 1998, recuerda la importancia que tienen las asociaciones para la conservación de la democracia. Las asociaciones permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en la sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios. Al organizarse, los ciudadanos se dotan de medios más eficaces para hacer llegar su opinión sobre los diferentes problemas de la sociedad a quienes toman las decisiones políticas. Fortalecer las estructuras democráticas en la sociedad revierte en el fortalecimiento de todas las instituciones democráticas y contribuye a la preservación de la diversidad cultural.

En este sentido, el legislador debe ser especialmente consciente, al regular el derecho de asociación, del mandato constitucional contenido, referido a que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, previsto en el artículo 9.2 de la Constitución española, que deriva directamente de la configuración del Estado como social y democrático de derecho. Es en este marco legislativo donde la tarea asignada a los poderes públicos de facilitar la participación de los ciudadanos en todos los ámbitos sociales está llamada a encontrar su principal expresión. Esta filosofía impregna toda la norma, ya que uno de los instrumentos decisivos para que la participación sea real y efectiva es la existencia de un asociacionismo vigoroso. Ello debe hacerse compatible con el respeto a la libertad asociativa y con la no injerencia en su funcionamiento interno, para que bajo el pretexto del fomento no se cobijen formas de intervencionismo contrarias a nuestra norma suprema.

Suscribimos, las intenciones de la ley española, el Estado debe promover las condiciones para el mejor ejercicio del derecho de asociación, remover los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio a plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del país.

Se dice también en la Exposición de Motivos que tratamos, que la ley, a lo largo de su articulado, desarrolla las dos facetas del derecho de asociación, pues, este proyecta su protección desde una doble perspectiva; por un lado, como derecho de las personas en el ámbito de la vida social, y por otro, como capacidad de las propias asociaciones para su funcionamiento.

En el Perú, gran parte de las normas relativas a la faceta de capacidad de las asociaciones u otras organizaciones para su funcionamiento, se encuentran en el Código Civil y otras leyes especiales. Así, en el Código Civil encontramos normas

sobre la capacidad de las asociaciones para establecer su propia organización en el marco que establece, para inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas, para no recibir interferencia alguna de la Administración Pública. Sin embargo, no encontramos normas, sobre el derecho de asociación como derecho de las personas en el ámbito social.

Vale decir, no encontramos normas sobre la libertad positiva de constituir asociaciones, los titulares del derecho, los derechos inherentes a la condición de asociado; normas sobre la libertad negativa, que implica que nadie puede ser obligado a ingresar a una asociación o a permanecer en su seno. No reconoce expresamente derechos respecto a la organización, los procedimientos disciplinarios y la selección de los dirigentes, así tenemos, el derecho a participar en la organización del grupo asociativo, el derecho de elegir y ser elegido dirigente, el derecho a la información sobre las actividades y decisiones de los directivos, el derecho a manifestar su opinión, dar sugerencias, presentar quejas ante los directivos, el derecho a ser sancionado o expulsado según los procedimientos estatutarios, respetando el derecho al debido procedimiento y el derecho de defensa (Martín Huertas 2009: 368).

Proponemos por ello, una ley de desarrollo constitucional del derecho de asociación, que puede denominarse “Ley del Derecho de Asociación”, que contenga aspectos de la faceta individual del derecho, sea que este derecho lo ejerza el individuo o la organización; sin perjuicio de que se toquen temas relevantes sobre el ejercicio del derecho desde su faceta colectiva.

Básicamente será necesario:

- Formular sus normas desde la perspectiva de protección y fomento que debe realizar el Estado, del derecho fundamental de asociación, dentro de los alcances del Estado Social y Democrático de derecho al que pertenecemos; cuidando de no interferir en el funcionamiento del grupo

asociativo. La Administración Pública no podrá adoptar medidas que interfieran en la vida interna de las organizaciones asociativas.

- Establecer un régimen general del derecho de asociación, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyan a todas las organizaciones que no tengan fines de lucro; lo que no significa que no sea aplicable este derecho en las organizaciones con fines lucrativos, cuando se vulnera el derecho personal del socio, debiendo tratar de no involucrar derechos de carácter patrimonial.
- Sin perjuicio de la aplicación general de las disposiciones de la presente ley a toda organización asociativa, deberá especificarse que se regirán por el Código Civil las personas jurídicas reguladas en este cuerpo legal y, por su legislación específica, los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones religiosas; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales.
- Señalar los aspectos relevantes del derecho que nos ocupa:
 - Titularidad. Individual y colectiva: Capacidad de las personas físicas y personas jurídicas. Los miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, así como los Jueces y Fiscales, habrán de atenerse a lo que disponga su legislación específica para el ejercicio del derecho de asociación.
 - Objeto. Exclusión del ánimo de lucro, sin perjuicio de señalar que el derecho de asociación también se ejerce en las organizaciones con fines lucrativos, pero con connotaciones particulares. Vale decir, se puede proyectar el ámbito protector del derecho de asociación, tangencialmente, cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial.

- Su contenido. Aspectos del contenido esencial del derecho fundamental de asociación:

- Libertad de asociarse o constituir organizaciones asociativas, sin autorización previa y con arreglo a ley; con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

- Libertad de no asociarse, de no ser obligado a constituir una organización asociativa o a permanecer en ella, ni a declarar su pertenencia a una organización asociativa. La afiliación obligatoria en ciertas entidades.

- Libertad de autoorganización. Derecho de adoptar su estatuto sin injerencia de ningún tipo. El derecho de ejercer las funciones y actividades adecuadas para la consecución de sus fines sin injerencia de ningún tipo.

- El derecho de asociación que se actúa frente a la asociación misma y que garantiza un haz de facultades. Derechos de los asociados frente a las organizaciones. Los derechos aquí involucrados, entre otros, son: El derecho a participar en la organización y en las actividades del grupo asociativo, en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como asistir a la asamblea general. Derecho de elegir y ser elegido dirigente. Derecho a la información sobre la composición de los órganos de gobierno y representación, de la situación patrimonial de la organización y de las actividades y decisiones de los directivos. Derecho a manifestar su opinión, dar sugerencias, presentar quejas ante los directivos. Derecho a no ser sancionado o expulsado sin seguir los

procedimientos estatutarios, respetando el derecho al debido procedimiento y el derecho de defensa. Derecho a impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la Ley o a los estatutos.

- Sus límites. Las únicas restricciones susceptibles de considerarse en la Ley son las que puedan derivarse de las exigencias impuestas por un Estado Democrático y Social de Derecho, la seguridad nacional, el orden público, la salud y moral públicas y los derechos y libertades fundamentales. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación.
- Aspectos relevantes sobre su relación con otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Destacar su relación con el principio de igualdad y, el derecho del asociado frente a la organización, que se traduce en el derecho a no ser impedida la afiliación por motivos arbitrarios, el derecho a intervenir de forma normal en la vida de la asociación, el derecho de elegir a sus dirigentes, derecho de los asociados al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno de la asociación, el derecho a no ser excluido de la organización sin una base razonable y de acuerdo a un procedimiento que garantice el derecho de defensa.
- El estatuto debe ser formulado con pleno respeto a los derechos fundamentales y los bienes constitucionalmente protegidos. Regular los derechos derivados del derecho de asociación en su ejercicio interno en el grupo asociativo y, deberes mínimos de socios y socias. El órgano de representación debe gestionar y representar los intereses de los miembros que conforman la organización de acuerdo con las disposiciones y

directivas de la Asamblea General. Solo podrán formar parte del órgano de representación los asociados. En el caso que los miembros de los órganos de representación puedan recibir retribuciones en función del cargo, deberá constar en el Estatuto y en las cuentas anuales aprobadas en asamblea. En esa línea, el acuerdo de remuneración de los miembros del órgano de representación requerirá de mayoría calificada. La transparencia en estos asuntos, puede ayudar a que disminuyan los abusos que cometen los directivos.

- Regular la defensa de los asociados frente a la actuación dolosa de los dirigentes de una organización asociativa. Establecer límites al poder de los órganos directivos otorgándoles a los asociados herramientas de defensa de sus derechos constitucionales dentro y fuera de la asociación.
- Inscripción en el Registro Público, denominado Registro de Personas Jurídicas. Su estructura, funcionamiento y, actos inscribibles y requisitos se determinarán reglamentariamente. Definir los efectos del Registro: El acto constitutivo y sus modificaciones tienen carácter constitutivo y los demás actos sólo carácter declarativo. Definir que la calificación se realice sólo en mérito de la escritura pública o del acta, según corresponda, y los alcances de la calificación en el Registro: Circunscribirlo a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos inscribibles y la validez, según las leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados y de los requisitos de la inscripción según las normas reglamentarias. Establecer mecanismos para que las organizaciones conflictivas no reciban la protección del Registro. En este capítulo, debe precisarse la forma en que el órgano de segunda instancia registral, ejerce el control difuso de las normas estatutarias o decisiones de los órganos que van contra derechos fundamentales o bienes protegidos constitucionalmente.

- Las organizaciones asociativas no inscritas. Representación y responsabilidad.
- Las garantías jurisdiccionales. El derecho de asociación será tutelado por los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales. Por el proceso de amparo constitucional para casos excepcionales: casos graves y de relevancia constitucional. La justicia ordinaria será competente para las pretensiones que no son graves y las derivadas del tráfico jurídico privado de las organizaciones asociativas y su funcionamiento interno. El proceso contencioso administrativo será procedente en todas las denegatorias que se susciten en última instancia en el procedimiento de inscripción de los actos de las organizaciones asociativas.

Resulta interesante tener en cuenta el criterio que servirá para delimitar el ámbito de regulación de la ley y el ámbito del estatuto. Mendoza Escalante considera, que la autonomía de una asociación comprende la potestad de autoorganización, de administración y la potestad sancionatoria; por su parte, la reserva de ley se extiende ahí hasta donde los derechos fundamentales, bienes colectivos sociales y bienes públicos estatales, exigen una regulación directa. Señala, que esto significa que la regulación de una determinada materia puede considerarse bajo el ámbito de la reserva si y sólo si ella representa una medida que satisface el principio de proporcionalidad (2008: 25-35).

Recogiendo esta apreciación, en principio, deberá versar el estatuto sobre las normas internas de su organización, cuidando de no vulnerar derechos fundamentales. Por su parte, la ley contemplará aquellos aspectos involucrados con aspectos constitucionales.

Como consecuencia de la aprobación de la norma, menos casos llegarán a la instancia judicial ordinaria y por ende mucho menos al Tribunal Constitucional. Claro que siempre será posible invocar el amparo frente a actos y omisiones de

particulares, pues el Tribunal Constitucional siempre será la mejor instancia en donde se resuelven los problemas de conflictos de derechos fundamentales.

4.3 ACCIONES EN SEDE ADMINISTRATIVA

Los Registros Públicos constituyen también sede de resolución o prevención de conflictos de los derechos fundamentales. En el caso del derecho de asociación, ayuda a evitarlos el cuestionar en la calificación el ingreso de asociaciones que en sus estatutos no cumplan con los valores constitucionales. El control constitucional de los actos violatorios del derecho de asociación y otros derechos vinculados por parte de la misma persona jurídica o de un asociado, contenidos en el estatuto o en otros actos registrales que llegan al Registro y que formen parte de la competencia del Registro, ayuda a que diversos casos se solucionen en esta sede y menos casos lleguen al Poder Judicial y por ende al Tribunal Constitucional.

En el Estado Constitucional de Derecho la Administración Pública adopta la doctrina de la supremacía de la Constitución y por ende, la inmediata y directa vinculación al catálogo de derechos fundamentales. Debe optar por interpretar las leyes, conforme a los principios y los valores constitucionales.

El Registro Público a través del Tribunal Registral (Segunda Instancia Registral) tiene la posibilidad de realizar control difuso de las normas, conforme a la atribución otorgada a los Tribunales Administrativos por el Tribunal Constitucional peruano, en la STC Exp. 3741-2004-AA/TC, caso Salazar Yarlenque. En virtud de este control, los tribunales administrativos pueden efectuar el control de validez de una norma infraconstitucional, y por lo tanto, disponer la inaplicación de la misma, bajo los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional.

Puede ser materia de control aquel estatuto en el que no se prevea un procedimiento de expulsión de sus miembros o habiéndolo previsto sus normas vulnere derechos fundamentales. Asimismo, en atención a que la Constitución

vincula también a la Administración pública y que debe conducirse con sujeción al ordenamiento constitucional, de conformidad con el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siempre podrá evaluarse en sede registral, en todas las instancias, si los acuerdos que se solicitan inscribir son vulneratorios de derechos fundamentales.

La inscripción del grupo asociativo no es un aspecto que forme parte del contenido esencial del derecho, sin embargo, es uno de los elementos esenciales para la protección del derecho que tratamos.

De otro lado, resulta relevante determinar el alcance de la calificación registral en sede administrativa de los actos que se solicitan inscribir de los grupos asociativos. Se discute hoy en día entre Jueces y Registradores si esta calificación debe extenderse al contenido del acto o solo a los aspectos formales o, qué aspectos de cada uno de ellos. Consideramos que aspectos vulneratorios de los derechos fundamentales si se advierten de las actas, sí deben ser materia de cuestionamiento en sede registral, pero esto no debe llevar a concluir como lo hacen algunos jueces, que la calificación debe incidir en las cuestiones intrínsecas que se encuentran en las actas. Un ejemplo de ello es que en sede judicial se ha cuestionado que el Registro no verifique las causales por las que no convocó al presidente sino al vicepresidente de una asociación. Este es un aspecto interno, ajeno a control por parte del Estado en sede administrativa. Precisamente esta falta de delimitación de los aspectos que pueden ser cuestionados en sede registral y los que no pueden ser cuestionados por respecto a la autonomía privada, contribuye a hacer conflictivo el ejercicio del derecho de asociación. Algunos grupos asociativos se amparan en los criterios errados de jueces para cuestionar por qué el Registro no objetó determinada cuestión interna que favorecía a otro grupo de la misma organización al que se encuentran enfrentados. En otras ocasiones, si ese comportamiento del Registro les conviene, no lo objetan.

Con relación a la calificación los aspectos formales, también existe discrepancias entre Jueces y Registradores. La calificación positiva que permite el ingreso de un acto de la organización al Registro implica la evaluación de su validez, esta evaluación en sede registral conlleva tener la certeza de una convocatoria y un acuerdo válido, esto último a través de la verificación del cuórum y mayoría. Calificar la validez en estos casos, es un acto de fe, pues se basa en documentos privados que provienen de sede de los grupos asociativos. Por ello, es más consistente la regulación española, ya que en el artículo 22 de la Constitución (CE) se establece que la inscripción sólo es a efectos de publicidad, pues como señala la Ley Orgánica del Derecho de Asociación española, las asociaciones se constituyen desde su acta fundacional, vale decir, que la inscripción solo hace pública la constitución y los estatutos de las asociaciones y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros.

Sucede que en nuestro país al ser el registro constitutivo para el acto constitutivo y declarativo para los demás acuerdos, no existiendo una norma especial, se realiza una calificación normal, basada principalmente en documentos privados, como lo ha establecido en artículo 2028 del Código Civil. La decisión del registro de hacer calificación no solo en base al acta, como señala dicho artículo, sino también en base a documentos privados como constancias de convocatoria y cuórum, en virtud de normas reglamentarias, son motivo de conflicto. La calificación nunca llega a ser exhaustiva por la imposibilidad de la verificación de la veracidad del contenido de los documentos, lo cual genera falsificaciones, fraudes, quejas, y denuncias entre grupos de poder al interior de las organizaciones asociativas conflictivas.

Proponemos por ello, un cambio en la calificación: Que se efectúe la calificación de los actos distintos al acto constitutivo y sus modificaciones (las cuales exigen escritura pública) sólo en base al acta, como ya lo reconoce el artículo 2028 del Código Civil. Asimismo, se propone que la calificación en el Registro, solo incida en la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos inscribibles y que la

calificación de la validez de los actos, se encuentre referida a la aplicación de las leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados y del cumplimiento de los requisitos de la inscripción, según las normas reglamentarias. En caso este sistema sea indebidamente utilizado y surjan conflictos, deben establecerse mecanismos para que las organizaciones conflictivas no reciban la protección del Registro y sean derivadas al Poder Judicial, para que ahí los resuelvan.

Con ello, se pretende poner las cosas en claro en cuanto a la calificación, para evitar el conflicto que actualmente existe entre las decisiones judiciales y registrales; y sobre todo, para evitar que el Registro sea usado por los grupos de poder existentes en las organizaciones asociativas conflictivas, según su conveniencia.

Hemos tomado como referencia la calificación que se hace en el Registro Mercantil español. No tomamos como referencia la calificación que se realiza en el Registro de Asociaciones español, por cuanto, aquí la calificación, según el artículo 30 se limita a la verificación del cumplimiento de los requisitos que han de reunir el acta fundacional y los estatutos, porque el Registro es “a solos efectos de publicidad”; podría decirse que no es un propiamente un registro jurídico, como sí lo es en el Perú, aunque este también es un tema que se discute en España.

Podemos señalar que la sede administrativa se convierte así en sede de resolución de conflictos anticipada, para evitar que muchos casos lleguen Poder Judicial. En todo caso, siempre habrá la posibilidad de que sus decisiones sean revisadas por el Poder Judicial en la vía del proceso contencioso administrativo.

4.4 ACCIONES JURISDICCIONALES

4.4.1 ACCIONES EN SEDE CONSTITUCIONAL

En sede constitucional advertimos, de la jurisprudencia sobre el derecho de asociación, que el Tribunal constitucional peruano ha definido en muchas de ellas el contenido esencial de este derecho, asimilándolo al de contenido constitucionalmente protegido, para no admitir en sede constitucional aspectos legales del mismo, que deben ser vistos en sede de la justicia ordinaria; sin embargo, no ha desarrollado como parte del contenido esencial del derecho de asociación, los actos lesivos al interior de los grupos asociativos, estos actos lesivos los ha tratado como vulneraciones de otros derechos, como el derecho al debido proceso, el derecho de defensa o a la libertad de expresión, como hemos relatado en el capítulo anterior, al exponer los casos.

Los actos lesivos al interior del grupo asociativo abarcan una pluralidad de derechos individuales, es la dimensión *interprivatos*, de la que habla el Tribunal Constitucional español y no ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano. Recogiendo lo señalado por Gallardo Moya, incluye derechos respecto a la organización, los procedimientos disciplinarios y la selección de los dirigentes, así tenemos, el derecho a participar en la organización del grupo asociativo, el derecho de elegir y ser elegido dirigente, el derecho a la información sobre las actividades y decisiones de los directivos, el derecho a manifestar su opinión, dar sugerencias, presentar quejas ante los directivos, el derecho a ser sancionado o expulsado según los procedimientos estatutarios, respetando el derecho al debido procedimiento y el derecho de defensa (Martín Huertas 2009: 368).

Siguiendo a Mendoza Escalante agregaríamos como actos lesivos en el ejercicio del derecho de asociación, no solo a los actos sancionatorios, sino también a los actos normativos, como los estatutos que eventualmente pueden ser contrarios a derechos constitucionales; y a los actos administrativos emanados de los órganos directivos de los grupos asociativos (2009: 223-224).

Los actos lesivos en el ejercicio del derecho de asociación al interior del grupo asociativo, se vinculan a otros derechos, como el de debido proceso, igualdad,

libertad de expresión e información, libertad religiosa, honor, trabajo, libre desenvolvimiento de la personalidad.

Tales asuntos de la dimensión *interprivatos* del derecho de asociación merecen también ser atendidos por la justicia constitucional, desde la perspectiva del derecho fundamental de asociación.

Como señala Landa, en el Perú se ha asumido la tutela *interprivatos* de los derechos fundamentales, debido a la debilidad del Estado y a la poderosa acción de los poderes privados sobre los derechos de los terceros. El efecto inmediato de los derechos fundamentales exigibles a terceros sin el requisito de una norma intermedia para su vigencia es propio del Estado democrático y social de Derecho, donde la dignidad y la igualdad como valor y como derecho ocupa un rol delimitador de los demás derechos fundamentales a través de principio como el deber de protección del Estado y el debido proceso sustantivo (2010: 31).

El amparo resulta ser el proceso idóneo para conocer todas las vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito privado. Sin embargo, el amparo debe reservarse para cuando exista la exigencia de una tutela urgente y perentoria. Razón por la que se establece las causales de improcedencia en el Código Procesal Constitucional. Descargar al Tribunal Constitucional de procesos que no tienen esas características se presenta necesario.

Un caso interesante para nuestro derecho, es el caso colombiano, en la ley de desarrollo de la acción de tutela contra los particulares, se establece que ésta procede cuando existe una posición de predominio de un particular frente a otro, de manera tal que de no existir intervención racionalizadora del Estado, quienes se hallan en posición de desventaja podrían ver seriamente afectados sus derechos fundamentales (Casasola 2010: 3). La subordinación hace referencia a una relación de dependencia jurídica entre dos o más sujetos. Se trata de una relación de desigualdad originada, fundamentalmente en el propio ordenamiento

jurídico. Son relaciones de subordinación, entre otros, las de los miembros de ciertas personas jurídicas (como los sindicatos o las asociaciones) frente a los respectivos órganos de dirección. Esta relación de superioridad jerárquica debe estar definida en el ordenamiento jurídico, para que la parte subordinada pueda acudir a la acción de tutela como mecanismo de defensa de sus derechos fundamentales. Señala que la Corte Constitucional colombiana ha indicado que se produce indefensión cuando no existen en el ordenamiento jurídico mecanismos – administrativos o judiciales- para evitar la lesión de los derechos amenazados (Casasola 2010: 6-9).

Consideramos posible plantear en el Perú una ley de desarrollo del derecho de asociación, comprendiendo en esta ley la procedencia de la acción de amparo en caso de subordinación, la misma que se presenta en la relación de desigualdad que existe entre los miembros de ciertas personas jurídicas frente a los respectivos órganos de dirección.

Se presenta como sustento de esta postura el considerar a la justicia constitucional como la encargada de controlar el poder, hacer respetar los derechos fundamentales y cautelar el derecho de las minorías, como lo plantea Landa Arroyo (2003: 41). Señala el mismo autor: “De allí que las personas con poder - público o privado - deban estar siempre controladas, mediante la Constitución y la ley.”(2003: 41). Concluye que en el moderno Estado democrático se presenta la necesidad de controlar los excesos de los viejos poderes públicos y los nuevos poderes privados; mediante el examen constitucional de las normas legales y de los actos gubernamentales e incluso de los particulares, en aras de proteger los derechos de la oposición y de las minorías (2003: 68). Postura con la que estamos de acuerdo, dado que precisamente al interior de una persona jurídica privada puede generarse vulneración de derechos fundamentales, por la subordinación que se presenta entre los órganos directivos de la misma y sus miembros, siendo que estos últimos representarían al interior de la persona

jurídica el derecho de las minorías, situaciones que merecen protección constitucional y judicial.

Compartimos la posición de que el amparo es el proceso adecuado para la defensa de las vulneraciones de derechos fundamentales por parte de las asociaciones a los asociados porque en sus relaciones se presenta una clara desigualdad de poder que debe ser corregida por el Estado; mas no es el adecuado para la defensa de las vulneraciones de derechos fundamentales de los asociados a otros asociados, porque en sus relaciones existe un plano de igualdad que no requiere ser protegido a través de una tutela urgente e impostergable. Surge la improcedencia en estos casos, lo cual contribuye a que el Tribunal Constitucional se ocupe de lo verdaderamente importante y pueda ejercer su labor de máximo intérprete de la Constitución de la mejor manera posible.

Garantizar el ejercicio del derecho de asociación a través de un proceso judicial rápido y sencillo como es el amparo es bueno, sin embargo, garantizarlo restringiendo su procedencia ayudará a fortalecer aún más el derecho fundamental de asociación.

Tenemos entonces, que la Corte Constitucional Colombiana ha respondido que la relación de subordinación se presenta en los miembros de ciertas personas jurídicas: sindicatos y asociaciones frente a los respectivos órganos de dirección. Sin embargo, también se reconoce que la apertura es muy amplia y ha generado que todo tipo de vulneraciones ingresen, por ello se propone que debe restringirse cuestiones que no se encuentren en el plano de la subordinación sino de la igualdad, por ejemplo problemas entre asociados.

Vemos que en Colombia existe la acción de tutela contra particulares. En el Perú no existe un proceso autónomo como éste, diferente al proceso de amparo, para

conocer los actos urgentes de tutela de vulneración de derechos fundamentales de particulares contra particulares.

Por lo tanto, resulta interesante plantear en el Perú el amparo para proteger vulneraciones de derechos de los asociados por las autoridades directivas de una asociación, descartando su aplicación cuando la vulneración proviene de los asociados contra otros asociados.

El Tribunal Constitucional será quien tendrá finalmente el control de los casos. No se puede dejar de intervenir a través del amparo si se presentaran casos de relevancia constitucional, debiendo rechazar aquellos casos en los que se requiere de vías previas o por su improcedencia correspondan ser vistos en la vía ordinaria o en el contencioso administrativo, según corresponda.

4.4.2 ACCIONES EN SEDE JUDICIAL ORDINARIA

Existe la posibilidad de tutelar el derecho de asociación vulnerado a través de la vía ordinaria. En ésta se verán los casos no referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación, como lo establece el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional y lo precisa el artículo 38 del mismo código.

En tal sentido, la vía ordinaria servirá para resolver las vulneraciones al derecho de asociación que no tengan relevancia constitucional. En esta vía se verán los asuntos de orden legal del derecho de asociación, entre las que se encuentran las vulneraciones que provienen de los asociados contra otros asociados, pues estas se producen en el plano de igualdad.

Puede ocurrir también, como señala Eguiguren Praeli, que nos encontremos ante un derecho constitucional amenazado o vulnerado, incluso en su contenido constitucionalmente protegido, a pesar de lo cual el amparo no resulte ser la vía

adecuada o más idónea para dilucidarlo, por tratarse de un asunto complejo cuya resolución requiere de mayor debate judicial o probanza. Así, si el demandante “escogió” la vía del amparo, ello le resultará perjudicial, pues su pretensión será a la postre desestimada, dado que no podrá acreditar la afectación de su derecho sin el concurso de una etapa probatoria o de debates técnicos engorrosos, impropios e inexistentes en materia de un proceso constitucional de tutela de urgencia como el amparo, conforme lo estipula el artículo 9 del Código Procesal Constitucional (Eguiguren 2007: 239-240).

Conforme a ello, en la vía ordinaria eventualmente, podrían verse casos referidos al derecho constitucionalmente protegido del derecho de asociación, esto es, cuando se requiera de probanza o de un complejo debate técnico.

De otro lado, para considerar la vía ordinaria como vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección y defensa del derecho amenazado o vulnerado, habrá que analizar y determinar la ausencia en el caso concreto, de peligro de un daño irreparable al derecho, la necesidad de un complejo debate probatorio, o la posibilidad de obtener igual restitución del derecho afectado (Eguiguren 2007: 245).

Tenemos entonces, que casos que no son graves, deben ser vistos en la vía ordinaria. Asimismo, estando de por medio el respeto a la autonomía privada, será en la vía ordinaria en donde se analice mejor ciertos temas vinculados a ella, haciendo la debida ponderación entre el interés público y el interés privado.

Se podrá activar un proceso en la vía ordinaria para impugnar judicialmente los acuerdos que violen disposiciones legales, estatutarias³⁵ y constitucionales, esto último porque el juez siempre tendrá el poder de control de la Constitución.

³⁵ Artículo 92 del Código Civil

“Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

De otro lado, recordemos que en virtud del artículo 77 del Código Civil la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo; lo que ocasiona que todos los estatutos de tales personas jurídicas que solicitan su inscripción en el Registro, pueden ser materia de control constitucional en sede registral y luego materia de control por el Poder Judicial en el proceso contencioso administrativo.

Consideramos que el proceso contencioso administrativo no es el procedimiento igualmente satisfactorio al que se refiere la ley, puesto que este proceso tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. No comprende directamente a los actos lesivos de los particulares, aunque sí de manera indirecta, porque se trata de actos del poder público a través del cual se ha resuelto una petición de particulares.

El Tribunal Registral es última instancia registral, respecto de cuyas decisiones puede recurrirse al Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo, siendo posible que dicha última instancia aplique el control difuso respecto de normas estatutarias, de acuerdo a la autorización dispuesta por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, el control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Registral a los actos de la persona jurídica privada y a sus normas

Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.

Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa para defender la validez del acuerdo.

La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado."

estatutarias, podría ser revisada por el Poder Judicial por la vía del proceso contencioso administrativo.

La justicia ordinaria verá casos menos graves de vulneraciones del derecho fundamental de asociación. Verá sus aspectos legales propiamente, entre los que se encuentran las vulneraciones que provienen de los asociados contra otros asociados, pues estas se producen en el plano de igualdad. Asimismo, verá casos en que no obstante ser casos que podrían ser visto en un amparo, se requiera de actuación de pruebas o un debate técnico o cuando exista la posibilidad de obtener igual restitución del derecho afectado.





V. CONCLUSIONES

1. El derecho de asociación pese a la antigüedad de su existencia no es un derecho acabado, sobre el que no aparezcan nuevas amenazas. Actualmente las amenazas al derecho de asociación no provienen del poder del Estado, sino que provienen del mismo grupo asociativo, concretamente de los órganos directivos, se han convertido así, en un nuevo centro de poder que resucita nuevos desconocimientos de los derechos que afectan a los asociados o a los particulares que desean relacionarse con la organización. Están surgiendo asociaciones con mucho poder económico, no obstante no tener fines de lucro, que están trasladando a su seno relaciones verticales, que requieren ser corregidas constitucionalmente.
2. Se requiere coadyuvar con el fortalecimiento de los grupos asociativos, haciendo que el derecho de asociación sea mucho más fuerte. Esto empoderará a la sociedad civil, en momentos en que los partidos políticos se encuentran en crisis y los grupos asociativos en el Perú se encuentran devaluados, llenos de conflictos internos, ejerciendo el derecho para adentro y no para afuera del grupo. El derecho de asociación que se ejerce en estos grupos no cumple con ser el instrumento de desarrollo individual y social que le corresponde. En definitiva, hay aspectos del derecho de asociación que aún deben consolidarse en la sociedad, para ello, es necesario identificar los puntos vulnerables de su ejercicio en la realidad.
3. Partimos de considerar que el Estado debe intervenir, como garante de los derechos fundamentales, para fortalecer el derecho de asociación y corregir las distorsiones que ocurren en el ejercicio de este derecho. Se impone poner límites a este nuevo centro de poder, cuidando de no afectar la autonomía privada, porque en el ejercicio del derecho de asociación se debe respetar los otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos. Corresponde al Estado realizar acciones positivas respecto del

derecho de asociación, determinar sus alcances, es objetivo del estudio realizado.

4. Es objeto de estudio el derecho de asociación que se ejerce básicamente en las personas jurídicas y organizaciones no lucrativas en el Perú. Esto no significa que se considere que este derecho no se ejerce en cualquier tipo de organización, como en efecto ocurre, pero no es nuestro interés destacar cómo funciona este derecho en otro tipo de organizaciones, como en las lucrativas, en los partidos políticos o en los sindicatos; pues en éstas entran en juego otras consideraciones que no se pretenden abordar en este trabajo. Si bien admitimos que este derecho fundamental se ha desarrollado con mayor amplitud en los partidos políticos y en los sindicatos, se extrapola la doctrina y la jurisprudencia desarrollada en esos ámbitos para aplicarla a las organizaciones no lucrativas y se toma en cuenta aquello que pueda servir a la investigación.
5. El derecho de asociación se ejerce individualmente a través de una organización conformada por personas naturales o jurídicas para el cumplimiento de una finalidad común. Este derecho también le corresponde al ente colectivo y no es distintivo del derecho el que la organización tenga personalidad jurídica y que el mismo se ejerza en una organización sin fines de lucro. Es un derecho comprensivo con una fuerza vinculante indiscutible que trasciende a toda forma de organización.
6. El derecho de asociación presenta una doble titularidad: Individual, la misma que corresponde a la persona humana y, colectiva, la que corresponde a la organización que resulta del ejercicio del derecho individual que también es, ella misma, titular del derecho de asociación. En ocasiones ambos derechos colisionan, por lo que se hace necesario separar ambas titularidades para analizar la incidencia de las afectaciones y su debida protección.

7. El derecho de asociación es un derecho subjetivo con los elementos indicados en la Constitución, que a su vez requiere de un desarrollo normativo que formará parte de la configuración del derecho. El legislador garantizará la realización de este derecho. Actualmente, el desarrollo normativo, se circunscribe a regular el régimen especial de las organizaciones asociativas, así tenemos las normas del Código Civil, sobre asociaciones, comités, comunidades campesinas y nativas; las leyes especiales diversas como la Ley General de Sociedades, la Ley General de Cooperativas, Ley de Comunidades Campesinas etc., que se aplican según corresponda al tipo de organización, y, los estatutos y reglamentos internos de estas entidades. Sin embargo, ninguna de estas leyes desarrolla el derecho desde el punto de vista constitucional.
8. El fundamento del derecho de asociación como derecho subjetivo de libertad es el principio de autonomía, de aquí se derivan el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho de participación en la vida política, económica social y cultural de la Nación; siendo su límite el no causar daño a otro. El fundamento final del derecho de asociación, como el de todos los derechos, es el principio de dignidad de la persona humana.
9. Son facetas del derecho fundamental de asociación que forman parte de su contenido:
 - libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas;
 - libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas;
 - libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, y libertad de cláusulas estatutarias con el límite de la no violación de derechos fundamentales; y,

- dimensión *interprivatos*, que contiene una serie de derechos de los asociados frente a los grupos asociativos a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse.

10. La dimensión *interprivatos*, no ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano, pues las vulneraciones al interior de las organizaciones asociativas las ha tratado como vulneraciones a otros derechos, como al debido proceso, al derecho de defensa, entre otros. Se requiere que el Tribunal Constitucional peruano aborde las vulneraciones a la serie de derechos de los asociados frente a los grupos asociativos a los que pertenecen o a los que pretendan incorporarse, comprendidos en el derecho de asociación, a través del derecho mismo y no a través de derechos fundamentales vinculados. Estos derechos comprendidos dentro del derecho de asociación son, en líneas generales, una pluralidad de derechos relativos, a la forma de organización, a los procedimientos disciplinarios y de selección de dirigentes. Así, se hará efectivo, entre otros, el reclamo constitucional del derecho del asociado al cumplimiento de los estatutos por parte de los órganos de gobierno, el derecho a intervenir de forma normal en la vida de la asociación, el derecho a la información sobre las actividades y la situación económica de la asociación, el derecho a manifestar su opinión y a expresar sus sugerencias y quejas, el derecho a no ser sancionado o expulsado sino es mediante un procedimiento y por causas disciplinarias, entre otros.

11. Los límites del derecho de asociación surgen del propio derecho y de su relación con los demás derechos fundamentales. Asimismo, los límites al derecho de asociación son impuestos por el Estado Social y Democrático de Derecho, esto es, los límites que se establecen en las leyes. Estos límites se encuentran referidos a restricciones legales, básicamente, las asociaciones con fines ilícitos, o que vayan contra la moral pública o el orden público y,

por razón del sujeto: miembros de las fuerzas armadas y policía nacional, por la función que estos cumplen.

12. Por tratarse el derecho fundamental de asociación de un derecho de libertad de doble dimensión, incide sobre él, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la vulneración del derecho de asociación puede provenir ya no sólo del poder del Estado sino también de los particulares, concretamente, la vulneración de derechos fundamentales, podría presentarse: En la constitución de las organizaciones asociativas; en los acuerdos o resoluciones de las organizaciones asociativas; en las sanciones que aplican los directivos de las organizaciones asociativas en base a sus estatutos; en los procesos de elección de los órganos de las organizaciones asociativas; en las normas estatutarias y reglamentos de las organizaciones asociativas, por ejemplo, disposiciones sobre procedimiento disciplinario que sean contrarias a las garantías del debido proceso.

13. La autonomía privada seguirá rigiendo en el ámbito privado, por razones de seguridad jurídica, sin embargo, declinará, si existe mérito, en favor de la aplicación de derechos fundamentales cuando ocurra una vulneración de los mismos. El derecho de asociación se ejerce desde la autonomía privada, pero se reconduce a otros derechos fundamentales, entre los que puede también encontrarse, el derecho de asociación de otro miembro del grupo asociativo, de la organización misma o de un tercero, con los que puede entrar en conflicto y es aquí en donde se hará el control jurídico de la restricción, por medio del principio de proporcionalidad, para determinar si debe primar la autonomía privada o el derecho fundamental lesionado.

14. Los casos de colisión del derecho fundamental de asociación y otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (como la autonomía privada) se resolverán caso por caso, bajo ciertos parámetros, tratando de armonizar los derechos o bienes constitucionalmente protegidos

involucrados, considerando que se trata de colisión de pretensiones, evaluando los intereses desde cada uno de los derechos involucrados, aplicando el test de razonabilidad y proporcionalidad. No habrá una solución unívoca para todos los casos, pero sí debe tenerse en cuenta el principio de dignidad, el de desarrollo de la personalidad, el tipo de organización, la influencia que tienen determinadas asociaciones en la sociedad civil, los alcances del principio de la autonomía privada en el derecho de asociación y las nuevas amenazas al derecho de asociación. Si bien se deben atender a las circunstancias del caso concreto, los conflictos deben ser solucionados sin dejar de aplicar la fuerza normativa vinculante de la Constitución, que exige tratarla como una unidad, por lo que se buscará en la medida de lo posible una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales involucrados en la colisión, ponderando circunstancias y delimitando correctamente el contenido de los derechos constitucionalmente invocados.

15. Se ha centrado el estudio de este trabajo en el derecho fundamental de asociación, el mismo que se ha enfocado desde una perspectiva de casos, para saber cuál es su estado actual en el Perú. Este estudio nos da una visión realista para conocer qué está faltando para su mejor desarrollo. Los casos analizados nos demuestran que existen vulneraciones de los derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos que afectan el ejercicio individual y colectivo del derecho de asociación, por ello, el derecho de asociación se encuentra en franco deterioro. El Tribunal Constitucional debería tener la oportunidad de pronunciarse sobre algunas de estas vulneraciones de los derechos fundamentales a este nivel: el derecho concreto de elegir directivos, el derecho de asistencia a las asambleas generales, el derecho a voto, entre otros.

16. El Estado tiene que accionar ante esta necesidad de protección del derecho. Las acciones del Estado que abordamos no se encuentra referidas al ejercicio de un control o seguimiento del Estado de los grupos asociativos,

negándoles su desenvolvimiento y desarrollo o disponiendo su disolución, sino que se refiere a que el Estado genere mecanismos de protección para fortalecer el derecho fundamental. En este punto nos interesa, por lo tanto, destacar las acciones de tipo positivo a cargo del Estado con relación al derecho de asociación.

17. La impugnación de los actos lesivos que provienen de las organizaciones no lucrativas privadas, que buscan reparar el daño causado, se conseguirá primordialmente, como es natural, en sede constitucional y en sede de la justicia ordinaria. Otro lugar en donde debe cautelarse el derecho fundamental de asociación desde una distinta perspectiva al constitucional y judicial es en sede administrativa, vale decir, en el Registro Público. Una solución que recorre transversalmente el problema, es contar con una normativa que desarrolle el derecho fundamental de asociación. La norma constitucional hace remisión a la ley, ley que hasta la fecha no se ha aprobado. Proponemos la emisión de la ley del derecho fundamental de asociación, no basta el contenido del Código Civil, porque ésta solo regula a la organización asociativa, se hace necesaria la aprobación de una ley de desarrollo constitucional del derecho mismo, que coexista con las normas del Código Civil y con las demás leyes que desarrollan las distintas formas asociativas.

18. Se ha verificado que no existen actualmente en el Perú las herramientas constitucionales y legales para la debida protección del derecho fundamental de asociación. Se requiere de una ley de desarrollo constitucional del derecho, que, entre otros aspectos, desarrolle el derecho dentro de los márgenes de su contenido constitucional y su protección constitucional. Asimismo, que el Tribunal Constitucional intervenga mediante sus pronunciamientos en la reconfiguración del derecho de asociación, para que la justicia constitucional y ordinaria, cumplan sus roles en la solución de los conflictos del derecho de asociación, según sus competencias. Por su parte,

los Registros Públicos deben convertirse en sede de resolución de conflictos anticipada, en el ámbito de su competencia, para evitar que muchos casos lleguen al Poder Judicial.

- 19.** Por lo expuesto, ha quedado demostrada nuestra hipótesis, cual es que existen vulneraciones de los derechos fundamentales al interior de los grupos asociativos que afectan el ejercicio del derecho de asociación individual y colectivo en el Perú, por lo que este derecho fundamental no cumple con ser un instrumento de desarrollo individual y social en el país. Asimismo, frente a tales vulneraciones, se encuentra plenamente justificado que el Estado adopte las acciones adecuadas que se han detallado en este trabajo como garante de los derechos fundamentales, cuidando de no afectar la autonomía privada.



BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, Ana

1998 “El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. La Coruña N° 2, pp. 13-31. Consulta: 9 de diciembre de 2012.

<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1984/1/AD-2-1.pdf>

1999 *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal constitucional español*. Valencia: Tirant lo blanch.

ABAD YUPANQUI, Samuel B

2008 *El Proceso Constitucional de Amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.

2010 *Constitución y Procesos Constitucionales*. Lima: Palestra.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús

1993 “Autonomía privada y derechos fundamentales”. *Anuario de Derecho Civil. Centro de Investigación y Documentación Científica CINDOC*. Madrid, pp. 57-122.

ALVITES ALVITES, Elena

2006 “Igualdad y Derechos Sociales, Reflexiones en el marco del Estado Social y Democrático”. En MOSQUERA MONELOS, Susana (coordinadora). *El Derecho Fundamental de Igualdad - Segundas Jornadas de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura 20 y 21 de junio de 2005*. Lima: Palestra, pp. 127-192.

BARREIRO CARBALLAL, Luis

2008 “Democracia interna y derecho de asociación”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad La Coruña – AFDUDC*. La Coruña, N° 12, pp. 57-67: Consulta: 28 de febrero de 2013.
<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7457/1/AD_12_art_4.pdf>

BERNAL PULIDO, Carlos

2007 “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 30, 273-291. Consulta: 12 de diciembre de 2012.
<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf>

BILBAO UBILLOS, Juan María

1996 “Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: Un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones”. *Derecho Privado y Constitución, Revista del CEPC*. Madrid, N° 9, Mayo-Agosto, pp. 45-94. Consulta: 2 de noviembre de 2012.
<http://revistas.cepc.gob.es/revistas_sf42.aspx?IDR=7&strApplicationPath=&IDN=383>
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=181977>>

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

1996 “Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales” *Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio Comparado en 20 Constituciones Hispanoamericanas*. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo.

BOBBIO, Norberto

1986 “Democracia y pluralismo”. *Revista de Ciencia Política, Instituto de Ciencia Política, P. U. C. de Chile*. Santiago, Volumen VIII, N° 1-2, pp.127-137.

BORDA, Guillermo J.

2005 “La doctrina de disregard en materia de asociaciones y fundaciones. Estado actual de la cuestión”. *Revista Latinoamericana de Derecho*. México D. F., Año II, núm. 4, julio-diciembre, pp. 57-71. Consulta: 18 de setiembre de 2010.

<www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/4/cnt/cnt3.pdf>

CABANAS TREJO, Ricardo

2000 *Comentarios a la Ley catalana de Asociaciones*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

CAJALEÓN, Eddie

1999 “La Convención Nacional y la Constitución de 1856”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, Año VI, N°6.

CANOSA USERA, R.

2003 “Sinopsis artículo 22”. La Constitución española, texto y sinopsis de cada artículo. Congreso de los diputados. Consulta: 28 de febrero de 2013.

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel.

2006 “La libertad de asociación y de reunión en México”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Biblioteca Jurídica Virtual*

del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D. F., pp. 826-841. Consulta: 10 de octubre de 2010.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr9.pdf>>

2008 “Principio de no discriminación y relación entre particulares”. En CARNOTA, Walter, Patricio Maraniello, (Directores). *Derechos Fundamentales, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima: San Marcos, pp. 112-162.

2010 *Para comprender los derechos. Breve Historia de sus momentos claves*. Lima: Palestra.

2011 “Democracia y derecho de asociación: apuntes sobre la jurisprudencia interamericana”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, Año XV, N° 15, pp. 11-25.

CASASOLA MENDOZA, Fernando

2010 “La acción de tutela contra particulares y los efectos de la sentencia de tutela de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional Colombiana”. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México D. F., pp. 1-32. Consulta: 4 de noviembre de 2012.

http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/40/Becarios_040.pdf

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2005 “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?” *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México: N° 12, enero-junio de 2005, pp. 99-129. Consulta: 9 de diciembre de 2012.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm>>

- 2006 a “Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales”. *Actualidad Jurídica - Gaceta Jurídica*. Lima: Tomo 155, octubre, pp. 155-164.
- 2006 b “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho de libertad de expresión e información”. *Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica*. Lima: Tomo 152, julio, pp. 13-25.
- 2007 *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera Edición. Lima: Palestra.
- 2008 *El Tribunal Constitucional Peruano y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra.
- CHAPMAN, Charles
- 2004 “El abuso del derecho de asociación en la creación de sindicatos”. *Revista de Derecho - División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*. Barranquilla, N° 22, pp. 174-186. Consulta: 8 de octubre de 2012.
<http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/22/7_EL%20ABUSO%20DEL%20DERECHO_DERECHO_No%2022.pdf>
- CITRONI, Gabriela
- 2004 “La libertad de asociación y reunión en la Convención Europea y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Agenda Internacional IDEI-PUCP*. Lima, Año X, N° 20, pp. 113-148.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
- 1860 “Sesión del 28 de julio al 2 de agosto de 1860”. *Diario de Debates del Congreso reunido en 1860*. Lima: Tipografía de El Comercio.

1978 *Diario de Debates de la Asamblea Constituyente*. Lima: Congreso de la República del Perú.

2000 *Debate Constitucional de 1993 de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático*. Tomo III. Lima: Congreso de la República.

DE DOMINGO PÉREZ, Tomás

2006 “El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Miguel Hernández*. Elche, N° 1, Volumen I, pp. 292-301.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2007 “El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano: una opción riesgosa pero imprescindible”. *Pensamiento Constitucional*. Lima: año 12, número 12, pp. 221-254.

EPSTEIN, Richard

2008 “Comentario de Richard Epstein: Las asociaciones privadas y las leyes anti-discriminación”. *Palestra del Tribunal Constitucional, Revista de doctrina y jurisprudencia*. Lima: mayo, pp. 20-24.

FERRAJOLI, Luigi

2007 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

2013 “Un actual reto del derecho es la limitación de los poderes”. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, 25 de abril de 2013, p.13.

FERRER I RIBA, Josep y Pablo SALVADOR CODERCH

1997 “Asociaciones, Democracia y *Drittwirkung*”. En SALVADOR CODERCH, Pablo (coordinador), Ingo Von Münch y Josep Ferrer I Riba. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, pp. 55-166.

FERRERES COMELLA, Víctor

2001 “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”. Ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política - SELA 2001. Consulta: 2 de noviembre de 2012.

<<http://es.scribd.com/doc/59734543/La-Eficacia-Frente-a-Los-Particulares-Ferrerres-Comella>>

Versión en Inglés:

<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Comella_Do_Constitutional_Rights_Bind_Private_Individuals.pdf>

FUERTES LÓPEZ, Mercedes

1992 *Asociaciones y Sociedades Deportivas*. Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA CALDERÓN REY, Francisco

2001 *El Perú Contemporáneo, 1912*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

2009 *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional. Definiciones y conceptos. Extraídos de las Resoluciones y Sentencias del Tribunal Constitucional*. Lima: Grijley.

GÓMEZ MONTORO, Ángel

2000 “La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas (Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español)”.

279

Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional UNAM. México D. F., N° 2, enero-junio, pp. 23-71.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio

1999 “Criterios de Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares”. *Teoría y Realidad Constitucional.* Madrid: N° 3, pp. 193-2011.

GUZMÁN FERRER, Fernando

1982 *Código Civil.* Tomo I. Lima: Cultural Cuzco.

HAKANSSON NIETO, Carlos

2006 “El reconocimiento del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano”. *Actualidad Jurídica - Gaceta Jurídica.* Lima: Tomo 147, febrero 2006, pp.137-141.

2009 *Curso de Derecho Constitucional.* Lima: Palestra.

HÄBERLE, Peter

1998 *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional.* Madrid: Trotta.

HUERTA CANALES, Pablo

2002 “Episodio 2. ¿El ataque de los clones? El Derecho de Asociación vs. El fraude a la ley”. *Revista Derecho & Sociedad - Publicación de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP.* Lima. Año XIII, N° 18, Junio, pp. 299-302.

HUERTA GUERRERO, Luis

2006 “El derecho a la igualdad: su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”. En

MOSQUERA MONELOS, Susana (coordinadora). *El Derecho Fundamental de Igualdad - Segundas Jornadas de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura 20 y 21 de junio de 2005*. Lima: Palestra, pp. 59-125.

- 2011 Comentario del 4 de abril a “Amparo, Libertad de Asociación y Actos Lesivos Homogéneos” *Blog de Luis Huerta Guerrero. Derecho Procesal Constitucional*. Consulta: 7 de octubre de 2012.
<<http://blog.pucp.edu.pe/item/129176/amparo-libertad-de-asociacion-y-actos-lesivos-homogeneos> >

JANA LINETZKY, Andrés

- 2001 “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. Ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política - SELA 2001. Consulta: 25 de abril de 2010.
<<http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>>

JULIO ESTRADA, Alexei

- 2007 “Los Tribunales Constitucionales y la Eficacia entre Particulares de los Derechos Fundamentales”. En CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madrid: Trotta, pp.121- 158.

LANDA ARROYO, César

- 2003 *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra.
- 2006 Teorías de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM N° 6, Enero - Junio 2002. Consulta 6 de mayo de 2013.
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Palestra.

2010 *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Palestra.

LEÓN BARANDIARÁN, José

1991 *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar y Derecho de las Personas.* Tomo I. Lima: WG Editor.

MARTÍN HUERTAS, Ascensión.

2009 *El contenido esencial del Derecho de asociación.* Madrid: Congreso de los Diputados.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y Tomás DE DOMINGO

2010 *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas.* Lima: Palestra.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail

2002 “El control de constitucionalidad de normas estatutarias”. *Revista Jurídica del Perú.* Lima, Año LII, N° 35, Junio, pp. 39-50.

2004 “Las normas privadas o no estatales y el problema de su control de constitucionalidad”. En CASTAÑEDA OTZU, Susana. *Derecho Procesal Constitucional*, Segunda Edición. Lima: Jurista Editores, pp. 431-467.

2005 “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”. *Pensamiento Constitucional.* Lima, Año XI, N.º 11, pp. 219-271.

- 2007 *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión Información y Honor.* Lima: Palestra.
- 2008 “*El derecho fundamental de asociación*”. *Revista JUS-Constitucional* Lima, N° 7, pp. 25-35.
- 2009 *Derechos Fundamentales y Derecho Privado, Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal.* Lima: Grijley,
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael
- 2000 *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Entre Particulares: La Buena Fe.* Madrid: BOE - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NINO, Carlos Santiago
- 1992 *Fundamentos de Derecho Constitucional.* Buenos Aires: Astrea.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto
- 2005 “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. *Revista Ius et Praxis.* Talca: 11 (2): 15 – 64.
Consulta: 13 de noviembre de 2010.
<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200002&script=sci_arttext#nota14>
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio
- 1999 *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid: BOE - Universidad Carlos III.

PELAYO OLMEDO, José Daniel

2007 “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964”. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. Madrid, Número 8 - Septiembre. Consulta: 13 de noviembre de 2010.

<<http://hc.rediris.es/08/articulos/html/Numero08.html?id=06>>

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique

1991 *Los derechos fundamentales*. 4ta. Edición. Madrid: Tecnos.

PÉREZ ROYO, Javier

2003 *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

PÉREZ TREMP, Pablo

2000 Los derechos fundamentales. En *Derecho Constitucional – Volumen IV Edición*. Valencia: Tirant lo blanch.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2002 *Derechos Fundamentales. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palestra.

RUBIO CORREA, Marcial

1998 “El derecho Constitucional de Asociación”. *El Notario Peruano* - Publicación de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú. Lima, Agosto, pp. 19-34.

2008 *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

RUBIO CORREA, Marcial, Francisco EGUIGUREN PRAELI, Enrique, BERNALES BALLESTEROS

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

SALVADOR CODERCH, Pablo

1997 “Introducción”. En SALVADOR CODERCH, Pablo (coordinador), Ingo Von Münch y Josep Ferrer I Riba. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada.* Madrid: Civitas, pp. 13-23.

SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier

1997 *Los valores supremos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.* Madrid: Dykinson.

SEGRERA ALAYA, Yira y Verónica TORRES MARENCO

2005 “Alcances del Derecho de Asociación en Colombia a partir de los fallos de la Corte Constitucional Colombiana con base en la influencia de los organismos internacionales sobre la materia” *Revista de Derecho. Universidad del Norte.* Barranquilla, 23, pp.171-212. Consulta: 3 de noviembre 2012.

<http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/23/6%20Alcances%20del%20derecho%20de%20asociacion%20en%20Colombia.pdf>

SUMAR ALBÚJAR, Oscar

2007 “Acerca del control estatal de las asociaciones privadas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un enfoque económico”. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia.* Lima, Núm. 6, Junio, pp. 909-915.

TOLE MARTÍNEZ, Julián

2006 “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación” *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional - Universidad Nacional Autónoma de México*. México: N° 15, julio-diciembre. Consulta: 3 de noviembre de 2012.
<<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>>

TORO LOPERA, Alberto

1993 *Principios Fundamentales de la Constitución Política de la República de Colombia*. Segunda Edición. Medellín: Editorial Lupa.

TORRES MURO, Ignacio

1999 “Ley Autonómica y Derecho de Asociación”. *Revista Española de Derecho Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Madrid, Año 19, N° 55, Enero-Abril, pp. 263-285.

VEGA MERE, Yuri

2005 “Derecho de asociación. Constitución de fundaciones y otras formas de organización jurídica”. En Obra Colectiva. *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Tomo I, pp. 156-161.

VIDAL MARÍN, Tomás

1998 “El derecho de asociación”. *Revista Parlamento y Constitución - Cortes de Castilla - La Mancha*. Castilla-La Mancha, Anuario N° 2, pp. 195-226.

VILLARÁN, Luis Felipe

1875 *Derecho constitucional positivo*. Lima: Imprenta del Estado.

VOLIO JIMENEZ, Fernando

1986 *La Libertad de Asociación y los Colegios Profesionales*. San José: Universidad Autónoma de Centro América.

VON MÜNCH, Ingo

1997 “*Drittwirkung* de Derechos Fundamentales en Alemania”. En SALVADOR CODERCH, Pablo (coordinador), Ingo Von Münch y Josep Ferrer I Riba. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, pp. 25-52.

