

Derecho de asociación, libertades, limitaciones e intervención estatal

Max SALAZAR GALLEGOS*

Una de las libertades económicas reconocidas por la Constitución, y de mayor pronunciamientos al respecto por el Tribunal Constitucional, es la libertad de asociación. Como señala el autor del presente artículo, la libertad de asociación es un derecho fundamental que atañe a todas las personas tanto naturales como jurídicas. En el caso de estas últimas no solo se hace referencia a las asociaciones formalmente constituidas, sino también a aquellas agrupaciones no inscritas. Realizando un análisis jurisprudencial al detalle, el autor señala que el contenido del derecho en mención está compuesto por diversas libertades, y como todo derecho fundamental, también puede ser limitado en circunstancias específicas.

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

Se me ha solicitado la delicada labor de comentar el instituto del derecho fundamental de asociación. Principalmente se me hace referencia a las sentencias recaídas en los Exps. N° 00011-2002-PI/TC y N° 00009-2007-PI/TC, y la facultad del Estado para intervenir respecto del mismo. Sin embargo, extenderé mis razonamientos y análisis a muchas otras STC para completar las ideas que pretendo traducir aquí.

I. NO EXISTEN DERECHOS IRRESTRICTOS

Me parece conveniente citar esta verdad que no debe pasar desapercibida y está íntimamente vinculada con la materia de este

trabajo, y es que no pueden haber derechos irrestrictos. La manifestación de todo derecho tiene como correlato un deber que está definido en cada caso y en primer lugar por la naturaleza de cada uno de ellos. Las limitaciones por supuesto deben saber interpretarse y afincarse en el respeto a la dignidad humana en todas sus manifestaciones y al principio de legalidad, esto es, el orden público.

Se ha dicho en ese sentido que, “[S]in embargo todo derecho es pasible de ostentar límites. Al respecto, del artículo 2, inciso 24, literal a) de nuestra Constitución, se desprende que toda limitación a un derecho fundamental debe provenir de una ley. Así también la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 32, inciso 2, contempla que ‘(...) Los

* Abogado. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Posgrado en Derecho Administrativo Económico en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Pre y Posgrado de los cursos de Personas Jurídicas y Derecho Registral Societario respectivamente en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática'; y en su artículo 30 sostiene que 'Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas'.¹

"[E]n diversas oportunidades, este Tribunal ha sostenido que la satisfacción de las exigencias que demanda dicho principio de legalidad para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal, esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal.

(...)"

5. Del mismo criterio ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que si bien ha sostenido que "(...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana), como sinónimo de cualquier norma jurídica" (Opinión Consultiva 6/86, párrafo. 26), y que la "(...) expresión leyes (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado" (párrafo 27), sin embargo, ha admitido también que la exigencia de ley formal no "(...) se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones

estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad legislativa esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención" (párrafo 36)."²

Lo mismo que:

"(...) [S]i bien resulta indiscutible que cualquier persona tiene el derecho irrestricto de asociarse, (...) no debe olvidarse, en ninguna circunstancia, que el ejercicio de un derecho no puede darse en forma tal que se torne incompatible con la realización de otros valores o el ejercicio de otros derechos constitucionales (...)" (STC Exp. N° 0481-2000-AA/TC, F.4)

Todo ello también implica que deben obviarse, como mínimo, las imprecisiones y la impredecibilidad en la aplicación de tales limitaciones. Entonces, el derecho fundamental de asociación no escapa a estos conceptos, que son admisibles.

II. TODOS LOS DERECHOS TIENEN UN CORRELATO CONSTITUCIONAL

Ha de resultar casi un imposible pretender hacer valer un derecho sin que este tenga un asidero y correlato constitucional que podamos enunciar. No es pues atingente que se diga en algunos casos y solo para determinadas circunstancias que ello es así. La Constitución es la piedra angular en la que basamos el ordenamiento jurídico y por ende todos los derechos que ejercemos, con sus limitaciones. Ello resulta una consecuencia del Estado social y democrático de derecho en el que vivimos³.

1 STC Exp. N° 03833-2008-PA/TC, f. j. 6; STC Exp. N° 02235-2004-AA/TC, f. j. 3.

2 STC Exp. N° 02235-2004-AA/TC, ff. jj. 4 y 5.

3 STC Exp. N° 00048-2004-PI/TC, Pleno.

III. LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ES UN DERECHO FUNDAMENTAL, NO UN TIPO SOCIAL NI CONTRACTUAL

La libertad de asociación está consagrada en la Constitución como un derecho fundamental. Para poder entenderlo, lo primero que nos interesa es plasmar el contenido de ese derecho, luego veremos donde y hasta qué punto se pueden establecer sus limitaciones, si caben.

La noción esencial del derecho de asociación es la que señala que a través del mismo toda persona puede integrarse con otras de modo libre y permanente, en una forma organizada típica, en función de determinados objetivos, que tienen como correlato la ley. Este se sustenta en los principios de la autonomía de la voluntad y el de autoorganización⁴.

Este es el derecho fundamental, que implica la posibilidad de integración estable en torno a un ente corporativo⁵ de naturaleza asociativa que puede adoptar distintos tipos y formas, de acuerdo a ley.

Ello no se puede confundir con el derecho a constituir personas jurídicas, que no está reconocido de manera expresa en nuestra legislación. Tampoco puede asimilarse en identidad con el derecho a constituir asociaciones, que implica un tipo legal específico regulado en consecuencia de manera particular en el Código Civil⁶; la Asociación Público Privada, como modelo de inversión privada en el marco del D. Leg. N° 1012; la Asociación en participación, que es un contrato regulado en la Ley General de Sociedades - LGS⁷, etc. Menos aún habremos de igualarlo a la asociación ilícita (para delinquir), que constituye un delito.

Como derecho, reiteramos, no debe confundirse con los tipos de personas jurídicas, contratos u otras instituciones jurídicas reguladas que llevan prestado su nombre o parte del mismo que se constituyen como tipos legales específicos de organización corporativa o negocios jurídicos. De hecho, las organizaciones corporativas se organizan como consecuencia del ejercicio del derecho de asociación, pero, reiteramos, no se confunden con él.

4 STC Exp. 009-2007-AI/TC, ff. jj. 87-88, donde efectivamente se ensaya una definición casi completa, pues le hemos añadido la organización, tipicidad y pluralidad de formas, que resultaban necesarios, y hemos omitido el fin altruista como pare de su contenido, por las razones que se explican más adelante. También en STC Exp. N° 03071-2009-PA/TC, f. j. 2. Igualmente resulta ilustrativa la STC Exp. N° 04677-2004-PA/TC, f. j. 8 b) cuando a propósito del derecho de reunión, lo compara con el de asociación y señala que: “[T]emporal: Una de las características del derecho de reunión es la manifestación temporal o efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica. Tal característica es uno de los principales factores que permite distinguirlo del derecho de asociación, reconocido en el artículo 2, 13 de la Constitución, al que inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, una determinada continuidad en el tiempo. De otra parte, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de reunión, el ejercicio del derecho de asociación, y el consecuente pacto asociativo, da lugar a la aparición de una entidad jurídica, distinta de las personas que la conforman”.

5 Aludo en este y otros trabajos al término corporativo, corporación o corporaciones para referirme en general a cualquier tipo de organización a la que pueda atribuírsele la categoría jurídica de persona (jurídica) u organización no personificada como sujeto de derecho.

6 CC, “Artículo 80.- Definición.

La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo”.

7 LGS, “Artículo 440.- Contrato de asociación en participación.

Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución”.

Cabe precisar nuevamente entonces que como entidades asociativas derivadas del ejercicio de este derecho fundamental pueden crearse diversos tipos de organizaciones no personificadas y personas jurídicas. La fenomenología resultante, se ha de reconocer, puede resultar extensa, de allí que hayamos indicado que se pueden adoptar distintos tipos y formas. Desde este punto de vista, se configura como un derecho amplio para constituir y formar parte de organizaciones estables de personas, y/o corporaciones en general.

Aceptar que el derecho solo compromete la posibilidad de organización de personas jurídicas sería limitar, desconocer y discriminar a las personas y encerrar el derecho bajo restricciones inaceptables para el desarrollo de los hombres.

IV. TITULARIDAD INDIVIDUAL Y CONCRETIZACIÓN COLECTIVA DEL DERECHO

Como se ha dispuesto en otras jurisdicciones antes que en la nuestra, se ha reconocido en este tanto una dimensión individual como también una colectiva.

“[D]e lo expuesto queda claro que el derecho en mención es, en primer lugar, una facultad que, aunque puede ser invocada por cualquier persona a título individual, solo se concretiza en tanto esta se integre con otras personas que, al igual que la interesada, aspiran a ejercer dicha libertad. La titularidad, en otros términos, es individual; su ejercicio efectivo, fundamentalmente colectivo”⁸.

V. ES UN DERECHO ECUMÉNICO QUE SE CORRESPONDE CON PERSONAS NATURALES, JURÍDICAS Y ORGANIZACIONES NO INSCRITAS.

El derecho fundamental de asociación es uno que atañe a todos los individuos, personas

naturales (o humanas como de manera asistemática e incongruente les denominan la Constitución Política y el Código Civil en su artículo primero, respectivamente) como a personas jurídicas y organizaciones no inscritas (sujetos de derecho colectivos no personificados), como pueden ser una asociación de hecho o una sociedad irregular de origen (de hecho), por ejemplo. Estos últimos son entes colectivos organizados en función de un fin valioso, pero que no necesariamente gozan de la imputación jurídica que las categorice como personas. En este sentido, hemos entendido al respecto que el derecho de las personas jurídicas no alude únicamente a dicha especie, sino que incluye otras categorías no menos importantes, e inclusive anteriores, cual es el caso de los sujetos de derecho no personificados. Así, la integración de otras realidades ontológicas para la discusión no debe perderse de vista. Esta es la manifestación legal de la distinción de los conceptos de persona y sujeto de derecho como categorías jurídicas individualizadas, aporte puesto en evidencia ya por el código civil (1984), bastante anterior al texto de la ley constitucional (1993).

VI. CONTRADICCIONES CONSTITUCIONALES EN TORNO AL CONTENIDO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Si bien es cierto el Tribunal Constitucional (TC) ha efectuado una labor de vital importancia al establecer las libertades que este derecho permite enarbolar, también lo es que ha incurrido inevitablemente en algunas serias imprecisiones al definirlo e intentar caracterizar su exteriorización fenomenológica.

Como se podrá observar en adelante, cuando se intenta definir la noción esencial del derecho se incurre en mucha imprecisión. Tal puede equipararse a cualquier tipo de

⁸ STC Exp. N° 07704-2005-AA/TC, f. j. 4.

organización, lo que el TC ha confundido notablemente según se manifiesta en diversas resoluciones del TC.

Así, el mismo TC que hemos citado antes para delimitar el derecho, ha sentenciado de manera contradictoria, y ha señalado de manera errónea que, además de constituir un derecho fundamental, el derecho de asociación considera lo siguiente:

1. “(...) configura la garantía institucional de la Asociación, como forma de organización jurídica constituida como consecuencia del ejercicio del derecho de asociación, limitado en los fines que se propone, los que no serán de lucro.” (STC Exp. N° 00004-96-AI/TC).
2. “[L]os demandantes consideran que la ley cuestionada es atentatoria de su derecho a la libre asociación. Para determinar si la demanda resulta legítima o no en este extremo, es necesario establecer si, en efecto, la CBSSP es una entidad asociativa protegida por el inciso 13) del artículo 2 de la Constitución Política. 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 solo aquellas que carezcan de fin lucrativo y siempre que hayan sido constituidas y ejerzan sus actividades conforme a ley” [STC Exp. N° 00011-2002-AI/TC, f. j. 4].
3. “[El principio de fin altruista] enuncia que los objetivos que permitan aunar voluntades en una misma dirección se

Como derecho, no debe confundirse con los tipos de personas jurídicas, contratos u otras instituciones jurídicas reguladas que llevan prestado su nombre.

caracterizan por el desapego a la obtención de ventajas o beneficios económicos. En ese sentido, la finalidad asociativa no puede sustentarse en la expectativa de obtención de ganancias, rentas, dividendos o cualquier otra forma de acrecentamiento patrimonial de sus integrantes.

Para tal efecto, se acredita la presunción de utilidad en torno al objetivo que nuclea la organización asociativa (...) [L]a [proscripción] de una finalidad lucrativa no impide que la asociación pueda realizar actividades económicas; ello en la medida en que, posteriormente, no se produzcan actos de reparto directo o indirecto entre los miembros de la asociación. En consecuencia, dicho principio no riñe con políticas de obtención de ingresos económicos destinados a la consecución del fin asociativo” [STC Exp. N° 01027-2004-AA, 20/05/04, f. j. 2.c]º.

4. “[L]a 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 solo 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

9 En el mismo sentido y ratificando lo señalado, la STC Exp. N° 04241-2004-AA/TC, f. j. 5: “Este derecho se sustenta en principios como el de autonomía de la voluntad, el de auto organización y en el principio de fin altruista (Exp. N° 01027-2004-AA/TC)”.

exigido como presupuesto del derecho de asociación que este tenga fines no lucrativos. (...) [P]or lo que respecta al propósito por el cual se estructura, el derecho de asociación no se condiciona a objetivo o variable particular alguna. Aunque desde luego alguna doctrina haya creído encontrar una identificación entre el derecho de asociación reconocido por la Constitución (inciso 13 del artículo 2) y la asociación reconocida por el Código Civil (artículo 80), es conveniente especificar que, para efectos constitucionales, las finalidades de dicho atributo no solo se concretan en los consabidos fines no lucrativos, sino en toda clase de objetivos” (STC Exp. N° 04938-2006-PA/TC, 19/07/06, f. j. 10).

5. “[E]l mismo texto constitucional reconoce en el inciso 13 del artículo 2 el derecho de toda persona a participar no solo 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 solo cabe ejercerse el derecho de asociación para propósitos no lucrativos, sino también para objetivos lucrativos (no otra cosa representan los consabidos fines económicos).” [STC Exp. N° 08766-2006-PA/TC, 11/08/08, f. j. 9].
6. “[E]n quinto lugar, en lo que concierne al propósito por el cual se estructura, el derecho de asociación no se condiciona a objetivo o variable particular alguna. Aunque desde luego, alguna doctrina haya creído encontrar una identificación entre el derecho de asociación reconocido por la Constitución (inciso 13 del artículo 2) y la asociación reconocida por el Código Civil (artículo 80), es conveniente enfatizar que, para efectos constitucionales, las finalidades de dicho atributo no solo se concretan en los consabidos fines no lucrativos, sino en toda clase de objetivos. Tal conclusión, aunque en apariencia

pueda parecer contradictoria con el texto constitucional, no es tal si se tiene en cuenta dos argumentos esenciales; uno que repara en el derecho constitucional interno y, otro, en el derecho internacional de los derechos humanos.” [STC Exp. N° 03071-2009-PA/TC, f. j. 7].

7. “[E]n relación con la libertad de asociación el Tribunal Constitucional precisó que tal derecho es reconocido en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución y que, a su vez, la asociación, como persona jurídica, a título de una garantía institucional, está consagrada en el inciso 13 del artículo 2 de la misma Norma Suprema. En la STC Exp. N° 1027-2004-AA/TC este Tribunal recordó que el derecho de asociación implica la libertad de asociarse, ya sea como libertad para constituir asociaciones o de pertenecer a ellas libremente, la de no asociarse o, incluso, la de desafiliarse de una a la que se pertenezca y esté previa constituida.” [STC Exp. N° 01258-2010-PA/TC, f. j. 6].
8. “(...) Ello es así porque, una vez efectuada la reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas pierden la titularidad de todas sus acciones, es decir, su patrimonio accionario es afectado en el grado máximo (afectación del derecho de propiedad) y, como consecuencia de ello, también pierden la calidad de accionistas, esto es, el atributo jurídico que los hace pertenecer a la sociedad (afectación del derecho a la libre iniciativa privada y derecho de asociación).” [STC Exp. N° 00228-2009-PA/TC f. j. 50].
9. “4. [S]i bien el contenido de la libertad de asociación está restringido a personas jurídicas sin fines de lucro, en ciertos supuestos puede extenderse a las que tienen fin de lucro, como la Empresa de Transportes Semil S.A., siempre y cuando la naturaleza de la institución lo permite. En tal sentido con relación a la prerrogativa de separación, puede analizarse a la luz de

tal derecho uno de los atributos que le pertenece a la persona jurídica en sí.” [STC Exp. N° 00234-2013-PA/TC, f. j. 4.]

En la Primera cita (1996), el TC asimila y confunde el derecho constitucional con un tipo de persona jurídica, la Asociación definida en el artículo 80 del Código Civil, lo que es erróneo. En la segunda cita (2002) el TC manifiesta la protección del derecho de asociación coincidente con actividades sin fines de lucro únicamente; lo cual podría ser atinente si el TC no incurriera posteriormente en las contradicciones que las demás citas expresan. En la Tercera cita (2004) el TC repudia la posibilidad del lucro, en la misma línea que la anterior STC. En la Cuarta cita (2006) aparentemente asimilaría el lucro, lo que implica una variedad de formas organizativas a través de las cuales se concretizaría el derecho. En la Quinta cita (2006), lo mismo, y confunde fines con medios, y además amplía la concepción del derecho como persona jurídica sin fines de lucro y el criterio hacia otros tipos de personas jurídicas, incluyendo las de carácter lucrativo. La Sexta cita (2009) no hace diferencia y continúa permisiva al lucro. La Séptima cita (2010) es indiscutiblemente desorientada, pues asimila al derecho de asociación al numeral 17 del artículo 2 de la Constitución Política, un grave error, para luego indicar con la misma desorientación, o aun peor, ¿que el numeral 13 del artículo 2 de la carta fundamental regula la asociación concebida por el Código Civil?!, una inadmisibles imprecisión. La Octava cita, STC resuelta el 2011, hace coincidir el derecho de asociación a las sociedades reguladas en la LGS. La última cita, (2013) es muy curiosa, porque parte haciendo una alegación genérica al respecto, y asevera enfáticamente que el derecho de asociación está restringido a personas jurídicas sin fines de lucro, es decir, como principal, pero razona en excepción para que en determinados supuestos pueda comprender a personas con fines de lucro.

Tengo por cierto que no hay culpa en tal devaneo, sino la genuina intención de conciliar posiciones; pero resulta evidente para cualquier investigador que la temática relacionada con este importante derecho ha sido casi olvidada por la doctrina que no se ha preocupado por establecer sus dimensiones. Esto reduce dramáticamente la posibilidad de socorrer al TC en la tarea de definir el instituto, y por ello sus imprecisiones.

Posteriormente, en una STC de agosto de 2014, se afirma que:

“[C]omo ha expresado este Tribunal en la STC 02243-2010-PA/TC, este derecho tiene una doble dimensión, a saber:

a. Una dimensión positiva, que abarca las facultades de conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), de afiliarse a las organizaciones existentes y de permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias; y,

b. Una dimensión negativa, que comprende la facultad de toda persona de negarse a formar parte de una determinada asociación, así como los derechos a no ser obligado a integrarla, a no seguir asociado contra su voluntad o retirarse de una, cuando así lo desee.

40. En lo que aquí interesa, la libertad de asociación, en su dimensión positiva, garantiza la facultad de conformar organizaciones, lo que incluye la posibilidad de estructurar, organizar y poner en funcionamiento el producto de su ejercicio, la asociación. Esta facultad se materializa, inicialmente, con la adopción del estatuto y se mantiene, a través del tiempo, mediante el desarrollo de una vida social erigida sobre la base de la libertad de auto organizarse para cumplir sus fines sociales.

41. En este sentido, la dimensión positiva del derecho de asociación supone una pluralidad de personas que acuerdan de manera autónoma, libre y espontánea, la creación de un ente a través del cual realizarán un proyecto

de interés común, pacífico y lícito; razón por la cual, en cuanto persona jurídica, está dotada de la capacidad para que se le imputen derechos y obligaciones, a fin de responder con autonomía por su devenir social, mientras dirige su actividad a la satisfacción del interés que la sustenta.”¹⁰.

Esta vez, el TC hace una alusión neutra respecto al derecho, sin mencionar el lucro. No obstante, parece importante recalcar en ciertas cuestiones atinentes que no quedan claras y que es necesario precisar:

- (i) Resulta problemático satisfacer en todos los escenarios la dimensión negativa del derecho, en la forma que lo ha planteado siempre el TC, y sobre ello no cabe duda, del retiro de un socio de una persona jurídica por su propia voluntad. Si aceptamos la versión que asimila el fin “lucrativo” que expone en muchos casos, ello requiere de un pacto, pues no cabe el retiro en todas las formas de composición jurídica, sino a través de una operación de intercambio (compraventa, u otra).
- (ii) Es difícil entender el derecho de asociación como aquel asimilado únicamente a la constitución de una asociación al amparo del Código Civil, pues la coincidencia a un tipo legal aparentemente obligaría a extender la composición constitucional a otros tipos legales de forma expresa; así se entendería de manera absurda que solo algunos tipos legales se encuentran amparados constitucionalmente como derechos fundamentales, o que es necesario que cada tipo sea mencionado expresamente en el texto constitucional.
- (iii) La libertad de empresa ya ha sido recogida por el TC como fundamento para la organización de actividades económicas, lo que parece colisionar con una

definición amplia del derecho de asociación y sus aplicaciones prácticas.

- (iv) El derecho de asociación tiene un contenido tanto Individual como colectivo.
- (v) El derecho de asociación es el dispuesto en el numeral 13 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.
- (vi) La estructura del numeral 13 del artículo 2 de la Constitución Política es equívoca y ha dado lugar a confusión. El texto no debió mencionar formas jurídicas típicas, como lo hace, refiriéndose a las Fundaciones (reguladas en el código civil), de ahí que leído ello en conjunto a la mención al derecho de asociación, haya dado lugar a grandes confusiones. Este error se arrastra del numeral 11 del artículo 2 de la constitución política de 1979, que añadió tal fenómeno, y que el legislador de 1993 reprodujo. La constitución de 1933 no contenía tal precepto (erróneo o impreciso, si se quiere), y por el contrario, el artículo en cuestión (27) garantizaba apropiadamente el derecho de asociación de una manera pura y simple. Una interpretación más adecuada del actual precepto constitucional, acorde también con los fallos del TC emitidos, nos lleva a colegir que la mención hecha en el numeral 13 del artículo 2 respecto a asociarse, implica el derecho a constituir, desarrollar, auto organizar, adherirse, o dejar de formar parte de organizaciones corporativas en general; y la mención a las fundaciones y otras organizaciones jurídicas sin fines de lucro, no es sino una clara alusión a que este derecho hace hincapié en el importante rol que estas últimas formas corporativas cumplen en nuestra sociedad y la protección que han de conseguir.

¹⁰ STC Exp. N° 00011-2013-PI/TC, ff. jj. 39-41.

VII. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO EXPRESIONES PARALELAS DE LA LIBERTAD DE CONSTITUCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS DE NATURALEZA ASOCIATIVA Y SOCIETARIA

Resulta complicado mantener la coherencia mínima necesaria respecto de otras resoluciones del TC que ya han delimitado por donde transita el derecho a constituir diversos tipos de organizaciones, esto es, el paralelo existente entre el derecho de asociación como expresión de vehículos jurídicos a través de los cuales sus miembros viabilizan fines lícitos y valiosos, y la libertad de empresa como aparente derecho y expresión de otros vehículos jurídicos a través de los cuales sus miembros pueden lucrar.

“[L]a libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades (STC Exp. N° 00003-2006-PI/TC), y disfrutar de su rendimiento económico y satisfacción espiritual (Cf. STC Exp. N° 03330-2004-AA/TC)”¹¹.

La cita ha sido tomada de la misma STC que alude al derecho de asociación como forma organizacional neutra (et supra, cita 10). Esta parece guardar más congruencia con la corriente dogmática que el TC mantuvo firme en años anteriores, y que ya hemos citado, respecto al contenido del derecho constitucional de asociación como entendido en relación a organizaciones con fines no lucrativos, pues coinciden en el tiempo. Esto se comprueba por las sentencias que cita como antecedente el colegiado para sustentar su tesis.

Aquí, permítame añadir, existe una confusión. Como decíamos, algo de congruencia tendrían las STC si el derecho de asociación es asimilado a las personas jurídicas sin fines de lucro, y el derecho a la empresa a las que persiguen fines de lucro, pero no resulta convincente la forma en que actualmente aparecen expuestos ambos derechos en los textos de las STC.

Es preciso también indicar que los conceptos de persona jurídica y empresa no son siempre coincidentes y no pueden ser utilizados como sinónimos, mucho menos cuando nos referimos a su manifestación como derechos constitucionales.

El primero, se formaliza como una concesión pública que se expresa en cada caso concreto, pues la personalidad es fruto de dicha concesión atributiva de carácter público-administrativo, e implica una estructura organizacional. Constituye una categoría jurídica.

El segundo refiere a una actividad organizada. Si bien este último es ante todo un concepto económico, y a pesar de la renuencia de una parte de la doctrina del derecho, hay quienes lo consideran asimismo una categoría jurídica. Las personas jurídicas pueden desarrollar actividad empresarial (de hecho la mayoría lo hace), pero no toda empresa se constituye como persona jurídica. La empresa unipersonal regulada en la ley tributaria peruana y las organizaciones no inscritas ni creadas por ley, pueden desarrollar empresa, sin contar con el dato de la personalidad. Entonces, no es lo mismo contar con una garantía para poder asociarse en torno a una organización, que otra garantía para poder desarrollar y llevar a cabo actividad empresarial, ya sea bajo una forma de organización o no.

La importancia de la distinción entre uno y otro concepto y derecho radica en verificar

11 STC Exp. N° 00011-2013-PI/TC, F. 31. También revisar: STC Exp. N° 03330-2004-AA/TC.

en cada caso cuales son los alcances de cada uno, y de esta manera acreditar su funcionalidad. De nada sirve contar con dos derechos que confundan o entremezclen sus contenidos y objetivos, pues no por reiteración se nos hará más libres. En consecuencia, será necesario que el TC precise y sistematice el concepto y sus alcances, lo que le proveerá del agradecimiento de la ciudadanía, y pondrá en alto su nombre, además de limitar para bien los costos de hacer valer tales prerrogativas.

VIII. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN: LIBERTADES

Debemos entender que el derecho fundamental de asociación comprende entre otras, las siguientes libertades:

- a) Constituir entes corporativos de carácter asociativo.
- b) Escoger la forma corporativa asociativa apta para sus fines.
- c) Delimitar los fines del ente asociativo.
- d) Adherirse a entes corporativos (de carácter asociativo); esto es la posibilidad de ingreso.
- e) Auto organizarse, y en consecuencia, modelar y fijar su régimen interno y en algunos casos su estructura, de acuerdo a ley.
- f) No adherirse a entes corporativos de carácter asociativo.
- g) No ser obligado a asociarse
- h) Separarse de estos entes corporativos de carácter asociativo.

Los supuestos contenidos en los literales, a) y b), c), d) y e), implican libertades positivas del derecho.

Estos supuestos, f), g), y h), ponen de manifiesto la libertad negativa del derecho.

- i) A la doble instancia ante un procedimiento administrativo sancionador, como garantía.

Obviamente esto grafica la expresión general y más importante del derecho de cara a su exteriorización y eficacia.

Tales supuestos no desconocen otros derechos básicos que pueden acompañarlos, pero es importante no confundirlos con los derechos que acompañan a un asociado como tal en cualquiera de estas organizaciones, como son los derechos políticos (a ser informado, a ser oído, al voto, a elegir, a ser elegido, a solicitar reuniones, a impugnar acuerdos y decisiones, a imputar de forma fundamentada, a defenderse ante cualquier imputación, etc.) y económicos (al aporte, a prestar servicios, a los dividendos y liquidación de cuota –estos dos últimos solo en organizaciones con fin lucrativo y cuando el tipo social lo prevea–, a mantener su participación porcentual, etc.) o suntuarios (goce de beneficios no económicos, ingreso a locales e instalaciones; prestaciones personales de carácter recreativo y/o asistencial, etc.) que pudiera tener y exigir. Estos últimos no son parte del derecho fundamental, sino correlato a la pertenencia a un ente corporativo, y derivados de aquel en su calidad de socio, que implican la concretización del derecho.

IX. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACIÓN: LIMITACIONES

Así como existen libertades, como para todo derecho, el de asociación tiene limitaciones. Ya el TC ha sentenciado que:

“(…) Los derechos fundamentales (como en general, la propia Constitución) vinculan no solo a los poderes públicos sino a todas las personas, sean estas públicas o privadas. Desde dicha perspectiva es inadmisibles y por supuesto carente de todo asidero racional pretender que porque una determinada

organización de particulares se rige por sus propias normas internas, resulta invulnerable o inmune al control constitucional (...)¹²

Entre las limitaciones a considerar encontramos:

- a) Para la organización de personas jurídicas sin fines de lucro, estas deben ser causalizadas, lo que limita sus objetivos.
- b) La autoorganización debe respetar la estructura organizacional establecida en la ley (tipos corporativos legales, que son *numerus clausus*), de ahí, el orden público.
- c) A control previo de Legalidad en caso de seen que se les conceda personería jurídica.
- d) Sometidas a control judicial, desde que no pueden ser disueltas por resolución administrativa. Entonces deben ser gestionadas respetando el Principio de Legalidad.
- e) A no discriminar.
- f) Intereses públicos.
- g) En función al tipo de actividades, puede requerir autorización para desarrollarlas (ONG, por ejemplo).
- h) Obligación de asociarse, de manera compulsiva, en determinados supuestos de ley¹³.

En líneas generales, el Estado se ha reservado la capacidad de controlar y fiscalizar a

entidades que comprometen la realización de intereses públicos. El problema es que el concepto de interés público es muy amplio, y así se dice que:

“El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”¹⁴.

“[L]a noción de interés público incorpora, entonces, las funciones que está llamada a cumplir la autoridad. Por ello, tras el interés público es posible encontrar el deber de la Administración de, por un lado, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades; y, por otro, garantizar la seguridad ciudadana y el desarrollo en términos sociales. En esa medida, la Administración en cada caso deberá mantener las condiciones adecuadas para el logro de estas finalidades y, a su vez, remover los obstáculos que pudieran impedirlos; o dicho de otra manera, hacer posible la convivencia pacífica de los administrados en la sociedad y a la vez el desarrollo de la misma”¹⁵.

No en vano también se ha dicho que es un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

En una siguiente entrega analizaremos en extenso todos estos conceptos. ■

12 STC Exp. N° 07034-2006-PA/TC, f. j. 9.

13 El artículo 20 de la Constitución Política, al regular los colegios profesionales, es un claro ejemplo.

14 STC Exp. N° 00090-2004-AA/TC, f. j. 10.

15 STC Exp. N° 003951-2007-PA/TC, f. j. 10.