



Núm. 17, julio-diciembre 2007

GÓMEZ MONTORO, Ángel José, *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 238 pp.*

Hace ya algún tiempo llegó a mis manos la obra que ahora pretendemos reseñar. Desde que la tuve en mi poder le di lectura, y lo hice de manera rápida porque, entre otras cosas, se trata de un libro bien escrito. Después lo volví a leer con motivo de un curso que impartí en el cual me fue de mucha utilidad para analizar el derecho de asociación como derecho político, aunque relacionado con la materia electoral. Ha sido hasta ahora, en la tercera lectura, que finalmente puedo hacer la reseña. Lo único que puedo argumentar en mi favor es que las diversas lecturas me han permitido encontrar diferentes ángulos interesantes de la obra y estoy seguro que en la próxima lectura sucederá lo mismo.

La obra que comentamos refleja correctamente la madurez de un libro, a pesar de que nos consta la exigencia siempre presente del autor por haberla terminado antes. Gracias a esa madurez, que dicho sea de paso es imprescindible en cualquier obra que se precie de ser un libro, pudo convertirse en el estupendo estudio cuyo contenido ahora exponemos.

Su origen, como lo indica su autor en el prólogo, está en el ejercicio que hizo para la oposición a profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid, del cual unas reflexiones fueron publicadas en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, aunque más bien me atrevo a decir que la semilla fue sembrada en el comentario que realizó al artículo 22 de la Constitución española, que consagra el derecho de asociación, en la extraordinaria obra que coordinó el profesor Francisco Rubio Llorente sobre “Los principios y los derechos funda-

* Esta reseña se benefició de los comentarios y acertadas observaciones de un grupo de jóvenes entusiastas que, junto con quien esto escribe, pretendemos caminar en el apasionante campo de los derechos fundamentales.

mentales”, donde da cuenta clara de los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional en esta materia.

El autor es un académico con una sólida trayectoria, egresado de la Universidad Complutense de Madrid, donde conoció al profesor Manuel Aragón, su maestro y a quien por sobradas razones dedica el libro. Su formación académica la obtuvo en la Universidad Autónoma de Madrid, en el departamento de derecho constitucional, al lado de su maestro y de otros jóvenes académicos con una excelente formación profesional. En esa Universidad, que también es la mía, pero sobre todo en ese ambiente de exigencia académica, Gómez Montoro obtuvo el grado de doctor en derecho, habiéndose convertido su tesis en el excelente libro *El conflicto entre Órganos Constitucionales* (del cual también hicimos una reseña publicada en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*).

Después de esto su carrera académica, en la que había alcanzado la titularidad, quedó en receso al formar parte del Tribunal Constitucional como letrado, aunque muy seguramente su formación se vio enriquecida por la práctica profesional. Con el paso del tiempo, y ya de regreso en la Universidad Autónoma de Madrid, pero teniendo en mente progresar en la vida académica, fue designado responsable del área de derecho constitucional en la Universidad de Navarra. Desde allí siguió formándose hasta obtener la cátedra de derecho constitucional en la Universidad de Alicante. Al profesor Gómez Montoro, sin embargo, le esperaban responsabilidades de alto nivel académico en la Universidad de Navarra, donde ya había sido nombrado vicerector y en donde actualmente es el magnífico, excelentísimo e ilustrísimo señor rector.

Los largos años e incontables avatares de su carrera académica, llena de esfuerzos, pero teniendo presente la experiencia de jóvenes y valiosos investigadores, provocaron en el autor una frase lastimera que ya adquirió carta de naturalización en el ámbito de los derechos humanos dentro del sistema universitario, pues en el pensamiento del profesor Gómez Montoro de dichos jóvenes “cabría esperar mucho si nuestro sistema universitario no les pusiera tantos obstáculos para poder ganarse la vida con un mínimo de dignidad” (p. 21).

En el momento en que el lector tenga en sus manos esta obra advertirá inmediatamente que se trata de un estudio sistemático constitucional de uno de los derechos fundamentales que mayor interés ha despertado en el ámbito de la titularidad de los derechos fundamentales de las personas

jurídicas privadas. El autor realiza el estudio dogmático de derecho de asociación, partiendo de su razón histórica y pasando por su consagración constitucional, pero señalando con profundidad el alcance de este reconocimiento constitucional. También proporciona la noción constitucional del concepto de asociación y expone con rigurosa metodología tanto la dimensión individual como la colectiva del derecho fundamental de asociación. Se trata, sin lugar a dudas, de una metodología que conviene seguir en el estudio de los derechos fundamentales por separado. Sólo echamos de menos la exposición de los criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, aunque estamos seguros que serán expuestos en otro momento, si es que no lo están ya, por el profesor Gómez Montoro.

En el capítulo que Gómez Montoro denomina “introdutorio”, se concreta a exponer el ámbito constitucionalmente garantizado del derecho de asociación como derecho de libertad previsto en el artículo 22 de la Constitución española, haciéndonos ver que la relevancia constitucional que puedan tener en este precepto las sociedades civiles y mercantiles es compleja y variable, pues hay quien precisamente por su carácter lucrativo las excluye, mientras que sin excluirlas el Tribunal Constitucional ha señalado que es necesario analizar si el derecho lesionado de que se trata es efectivamente de naturaleza asociativa o bien tiene un carácter preferentemente económico.

Otros, en especial Juan José Solozábal, señalan que el derecho de asociación protege cualquier tipo de asociación, sean sus fines espirituales o materiales; y los cultivadores del derecho privado señalan que lo relevante no son los fines sino el tipo de estructura que condiciona su organización interna.

Estas reflexiones hacen que Gómez Montoro nos ofrezca su punto de vista, no sin antes exponer el criterio jurídico seguido por el Tribunal Constitucional al delimitar el alcance de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre las asociaciones, sosteniendo que a la dificultad de fijar el papel de la ley en la configuración y concreción del derecho de asociación, habría que añadir la no existencia de una norma genérica de desarrollo directo del artículo 22 constitucional. Para Gómez Montoro, en cambio, la correcta solución pasa por la necesaria distinción entre el desarrollo del derecho de asociación y la regulación de los tipos asociativos, distinción que sólo es consecuencia de la doble ver-

tiende del derecho de asociación en individual y colectiva, de manera tal que el derecho de asociación es un derecho individual aunque de ejercicio colectivo, pero a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, del ejercicio de la libertad asociativa nace una nueva entidad que al operar en el tráfico jurídico necesita un régimen legal. En resumen, una cosa es desarrollar el derecho de asociación y otra regular los tipos de entidades que nacen de su ejercicio (pp. 30 y 31).

Esta posición inicial marca el desarrollo posterior de la obra de Gómez Montoro, y en aras de mantener el principio de congruencia, al cual le es tributario, la lleva hasta sus últimas consecuencias, otorgándole la protección del artículo 22 constitucional precisamente a esa nueva entidad que fue producto del ejercicio colectivo del derecho de asociación, aunque reconociendo que existen algunas actividades asociativas que quedan al margen del mencionado precepto constitucional (p. 33).

Compartimos con Gómez Montoro su opinión en torno a que no toda actividad que una asociación desarrolle queda cubierta por la protección constitucional, aunque esté estrechamente vinculada con el ejercicio de sus fines, como podría suceder si una asociación ecologista pretende alegar la tutela de su derecho de asociación ante la intervención en información urbanística, por el hecho de que su fin sea la tutela del medio ambiente. Por tanto, coincidimos en que no se deben iusfundamentalizar las relaciones propias del derecho privado.

Con el señalamiento de la falta de comunicación entre Constitución y derecho privado, pero reconociendo que si bien las sociedades pertenecen al derecho privado y las asociaciones al derecho público, ambas se mueven en el ámbito del derecho de la Constitución que ha dejado de ser exclusivamente público, Gómez Montoro concluye que si bien la explicación de los fenómenos asociativos en el derecho privado son propios de la autonomía haciéndose desde la teoría de los contratos, negocio jurídico o tipología de las personas jurídico privadas, también debe tomarse en cuenta que antes que nada se trata del ejercicio de un derecho fundamental, lo que sólo puede reforzar la libertad de los ciudadanos (pp. 35, 37).

Concluye su apartado introductorio con una referencia terminológica aplicable al derecho constitucional: denomina asociación a toda entidad surgida del ejercicio del derecho del mismo nombre, haciendo las veces de género, (rehusando la terminología de sociedades pues en el plano

constitucional raramente se usa) y dentro de ellas distingue a las asociaciones en estricto sentido y a las sociedades, éstas últimas pueden a su vez clasificarse en personalistas y corporativas (p. 39).

Los aspectos históricos que llevan a entender mejor el derecho de asociación los aborda Gómez Montoro en el capítulo segundo. Expone con claridad el recelo del Estado liberal al fenómeno asociativo, sobre todo porque el primer constitucionalismo estuvo marcado por un liberalismo individualista y los privilegios de clase del antiguo régimen auxiliaron en este sentido. Así, el derecho de asociación no fue recogido en la Declaración de 1789; se suprimieron las corporaciones; la Ley *Le Chapelier* de 1791 prohibió las asociaciones de trabajadores; se llegó incluso a suprimir las sociedades de enseñanza y de caridad, las asociaciones literarias y científicas; el artículo 291 del Código Penal francés de 1810 era lapidario: “ninguna asociación de más de veinte personas, que tengan como fin reunirse todos los días o algunos para ocuparse de asuntos religiosos, políticos u otros, podrá formarse más que con la aprobación del gobierno y bajo las condiciones que la autoridad pública decida imponer a la sociedad”.

Ideológicamente no existía una relación entre asociaciones y libertad. Las entidades existentes no se consideraban relacionadas con el ejercicio de la libertad; las corporaciones religiosas e incluso gremios mercantiles eran más bien corporaciones públicas; en su nacimiento no estaba la autonomía individual sino un acto del poder público; la incorporación a un gremio no era un ejercicio de libertad sino del ejercicio de una profesión u oficio, era consecuencia del *status* con que ya se nacía.

Con base en lo anterior, era lógico suponer el no reconocimiento del derecho de asociación en los textos constitucionales, ya que constituía más bien un riesgo para la soberanía, sobre todo el de naturaleza ideológica, pues constituía un instrumento a través del cual se podía canalizar el descontento frente al *status quo* (como el autor lo reconoce más adelante, en este caso lo que preocupaba no era tanto la asociación sino la reunión de sus integrantes para conspirar contra el poder establecido o provocar desórdenes públicos, p. 65). Pero esta preocupación hacia el asociacionismo político produjo una situación paradójica, ya que no permitió, como pudo haberse supuesto, un mayor alcance en la libertad de creación de otro tipo de asociaciones, pero tampoco significó el recono-

cimiento de una libertad de creación en todas ellas, sin importar sus fines (pp. 55 y 56).

La proclamación del derecho de asociación en la Constitución española de 1978 es analizada por el autor en el capítulo tercero, en donde señala que otros textos constitucionales de la región europea, incluso la Carta de Derechos de la Unión Europea, consagran dicho derecho. En el caso español, como en muchos otros, el artículo 22 constitucional otorga una doble naturaleza al derecho de asociación. Es un derecho individual cuya titularidad es de la persona singular, aunque su ejercicio requiere la concurrencia de otras personas, pero al mismo tiempo producto del mencionado ejercicio surge una nueva entidad que también es protegida por la Constitución. Entonces, en el artículo 22 constitucional se reconocen dos planos, el ejercicio de un derecho individual y la protección del ente nacido (p. 60).

Gómez Montoro ubica al derecho de asociación dentro del mundo de los derechos humanos, llegando a definir su sustantividad. Así, señala que estamos frente a un derecho íntimamente unido a una dimensión esencial del hombre que es su sociabilidad, que la libertad de asociación es una creación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y que también es garantía complementaria de los demás derechos fundamentales, ya que la consecución de éstos puede llevarla a cabo el individuo de manera aislada o bien a través de entidades que él mismo crea. Pero si bien el derecho de asociación guarda relación con estos aspectos, su sustantividad estriba en proteger la libertad de crear agrupaciones de personas que puedan desenvolverse libremente, en proteger las asociaciones en sí mismas, y no como medio para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Por tanto, concluye que el derecho de asociación es de naturaleza formal, ya que no se refiere a contenidos materiales sino que es una garantía de autoorganización.

Una vez establecida su esencia es más fácil separarlo del derecho de reunión, al que está íntimamente vinculado. No es aceptable afirmar que la reunión es una asociación transitoria ni que la asociación es una reunión permanente, pues guardan diferencias en las finalidades que persigue cada uno de ellos. El derecho de asociación busca la creación de una estructura estable para la consecución de un fin más que un medio para reunirse, y en todo caso la reunión no es la forma ordinaria de operar de las asociaciones.

Al retomar el segundo plano del derecho de asociación, la protección del ente nacido, Gómez Montoro afirma que con ello se permite la creación de grupos que son esenciales en un Estado social y democrático, permitiéndose la participación de los grupos en cualesquiera asuntos públicos (pp. 67 y 68), sosteniendo que no es admisible ignorar la existencia de un nuevo ente con subjetividad propia mirando continuamente a las personas físicas que están detrás. Por ello, concluye lapidariamente que reconocida la personalidad jurídica el “levantamiento del velo” en cualquiera de sus formas estará justificado con carácter excepcional.

Pero ¿cuál es el alcance jurídico del artículo 22 de la Constitución española?, ¿qué es lo que protege? El autor nos dice claramente que en dicho precepto constitucional encontramos una pluralidad de facultades, dependiendo si se analiza la dimensión individual o colectiva del derecho. En el primer caso, la individual debe distinguirse entre el contenido constitucional propiamente dicho en el que el legislador no puede entrar y los aspectos que le son vedados a este último (p. 75). De esta manera, al legislador le corresponde establecer los tipos de asociaciones así como precisar los requisitos para su creación, la organización interna y las relaciones con terceros. Sin embargo, es contundente la afirmación del autor al indicar que esta labor legislativa no limita el derecho de asociación, pues no dificulta la creación de asociaciones sino sólo regula los presupuestos para adquirir determinadas formas jurídicas. El derecho de asociación no nace de la mediación del legislador sino *ex Constitutione*, por lo que no estamos ante un derecho de configuración legal, siendo que la asociación podría crearse aunque no existiera ley alguna, y precisamente por ello es un derecho de libertad (p. 76). El legislador, en todo caso, al regular cada tipo legal de asociación debe respetar la autonomía de la asociación para la formación de su voluntad y el principio de proporcionalidad.

En la libertad de asociación reconocida en el artículo 22 constitucional queda incluida la libertad de elegir los fines, pero la persecución de éstos queda fuera de la tutela de dicho precepto constitucional. Así, la actividad que la asociación realice para su consecución queda al margen de la tutela constitucional. Ahora bien, el legislador puede vincular la consecución de los fines a la adopción de una determinada forma jurídica, pero ello no será contrario al artículo 22 constitucional, ya que esta limitación en la forma jurídica no se vincula con el deseo de asociarse sino con la

voluntad de conseguir un determinado fin, quienes se asocian siguen siendo dueños de hacerlo como mejor estimen y es su voluntad de conseguir un determinado fin lo que les obliga a adoptar una determinada forma (p. 83).

Si bien en el artículo 22 constitucional se prevé la libertad de asociación, no hay en dicho precepto una garantía de instituto, o lo que es lo mismo, no se garantiza ninguna forma concreta de organización, por lo que ninguno de los tipos asociativos existentes tiene rango constitucional. Este mismo precepto tampoco contiene una dimensión prestacional, toda vez que se impide que el Estado obstaculice su ejercicio, pero no se exige que lo promueva o fomente.

Si lo que se analiza es el derecho de asociación, surge como una necesidad lógica la determinación de su concepto. Este aspecto es abordado por el autor en el capítulo V, en el cual después de señalar que la Constitución española, a diferencia de otros países, no contiene una noción, ofrece la suya, según la cual por asociación debe entenderse toda agrupación de dos o más personas, de carácter voluntario y estable, para la consecución de determinados fines autónomos (p. 92). Con base en los elementos que integran esta noción (unión de personas, voluntariedad, estabilidad y fin común), Gómez Montoro hace un desarrollo de la noción de asociación en el que sobresale la idea que el mínimo de personas deben ser dos (y no tres como a veces se sostiene) y que quedan excluidas las personas jurídico públicas, en tanto que sólo se les ha reconocido a las asociaciones la titularidad de derechos procesales. El carácter estable de la asociación es la nota que el autor opone al derecho de reunión, pero subrayando que depende no tanto del tiempo en sí mismo como de la naturaleza de los lazos que unen a las personas para la consecución del fin deseado. En cuanto a los fines, en términos generales puede perseguirse cualquiera con tal de que no sea ilícito, quedando excluidos expresamente los que estén tipificados como delito, aun cuando la expresión constitucional “las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales” es criticada por el autor, con base en que la sanción que se deriva de la Constitución no tiene porqué ser penal, siendo posible el establecimiento de la disolución de la asociación.

El profesor Gómez Montoro dedica todo un capítulo, el sexto, a fin de analizar las entidades constitucionalmente protegidas por el artículo 22

constitucional, afirmándose que están incluidas en el mismo todo tipo de asociaciones, aun cuando reconoce la aplicación preferente de las regulaciones especiales previstas en el mismo texto constitucional, como sucede en el caso de los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales y asociaciones religiosas. En cuanto a las sociedades civiles y mercantiles, Gómez Montoro parte de la hipótesis de que es discutible que cualquier asociación, por el hecho de no perseguir ganancias, tenga un fin más digno de protección que el del ánimo de lucro, razón por la cual sostiene que la exclusión de este criterio como elemento delimitador del ámbito garantizado por la libertad asociativa permite concluir que las sociedades civiles y mercantiles estén incluidas en el artículo 22 constitucional, siguiendo lo señalado por el profesor Juan José Solozábal (p. 144).

Ya en la parte final de su libro, el autor realiza un estudio pormenorizado de la dimensión individual y la colectiva del derecho de asociación, en los capítulos séptimo y octavo respectivamente. En cuanto a la faceta individual (aquella relacionada con la perspectiva del titular del derecho y no la del ente creado) señala el autor que se reconoce una libertad positiva caracterizada por la garantía de creación de la asociación así como la incorporación a una ya existente y el derecho a permanecer en ella. En cambio la libertad negativa que también se reconoce en esta faceta individual significa que se tiene derecho a no fundar una asociación, a no afiliarse a las existentes y a salir de las mismas (p. 151).

Por su parte, dentro de la libertad positiva, la faceta individual conlleva la consecuencia que la incorporación supone la asunción de parte del socio de los fines, los derechos y las cargas previstas en los estatutos. La faceta de ejercicio colectivo de este derecho, que sigue siendo individual, en cambio implica la libertad de creación de asociaciones sin injerencias del poder público, así como la libertad de crear la asociación en el momento que así se decida y determinar el nombre, la sede, el fin y la forma.

La libertad negativa del derecho de asociación no está reconocida expresamente en el texto constitucional, y surge en realidad ante la afiliación forzosa, pero esta circunstancia no ha impedido a que el Tribunal Constitucional español, siguiendo el artículo 20.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sostenga que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Por último, en el capítulo relativo a la dimensión colectiva del derecho de asociación el profesor Gómez Montoro hace suya la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido que “ningún obstáculo existe para que una asociación en cuanto persona jurídica distinta de las personas físicas que son sus asociados pueda invocar en su favor el derecho que el artículo 22 de la Constitución reconoce”. Por tanto, debe afirmarse el derecho que tiene a ser reconocida por el ordenamiento jurídico así como a no ser disuelta y a desenvolverse como tal asociación sin injerencias del poder público (p. 174).

El derecho al reconocimiento por el ordenamiento jurídico implica la inscripción registral y el otorgamiento de personalidad jurídica. El derecho a la existencia conlleva básicamente la noción de autonomía organizativa, por tanto, toda disolución no voluntaria exige resolución judicial previa, autonomía organizativa, normativa, resultando de especial interés, el límite a la organización interna que pueda implicar la exigencia de democracia interna.

No queda sino felicitar al profesor Gómez Montoro por la elaboración de este estudio sistemático de un derecho fundamental, el cual será fuente de inspiración metodológica en el análisis de otros derechos fundamentales.

C

Edgar CORZO SOSA*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.