ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1998

EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor
Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1998

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 16
1 9 9 8

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Austral, Adolfo Ibáñez, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, Central, de Concepción, de Chile, del Desarrollo, Diego Portales, La República, y de Valparaíso.

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881
Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1998

EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

D I R E C T O R I O

(1997 - 1999)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 16, correspondiente a 1998.

En su primera parte, esta obra contiene la tradicional sección *Estudios,* en la que se presentan diversos trabajos de interés en el campo de la filosofía jurídica y social.

Una segunda sección, llamada *Ponencias,* reproduce la versión escrita de las comunicaciones que fueron presentadas, en 1998, en la Tercera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Dicha Jornada, que fue organizada por nuestra sociedad y que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, estuvo dedicada al tema "El derecho como ciencia y como profesión".

Seguidamente, la sección *Informe* contiene un texto de Manuel Manson acerca de las fuentes bibliográficas de la filosofía jurídica en nuestro país.

Por último, en la sección llamada *Traducción* se incluye la versión castellana de "El enfoque económico de la conducta humana", de Gary S. Becker.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social se encuentra preparando su Anuario Nº 17, correspondiente a 1999, que aparecerá en el primer semestre del año 2000.

Nuestra sociedad agradece a los autores que colaboraron con este Nº 16 del Anuario, así como a las distintas Facultades de Derecho que contribuyeron a su financiamiento.

consumo y servicios del Estado" ([58]). Y este exhorto de don Raúl ya no se inscribe, a mi ver, en las narraciones utópicas de la juventud latinoamericana, castigada como fue y es por el indiscreto engaño propinado por políticos e intelectuales de todo género: "La transformación no es una operación técnica y política, sino que debe ser esencialmente moral, y tiene que buscarse la compatibilidad entre el interés personal, que tiene un gran sentido dinámico, y el interés colectivo, entre decisiones colectivas en materia de ritmo de acumulación y distribución y decisiones individuales en el mercado. El Estado debe ser el regulador fundamental pero sin estorbar el crecimiento de la economía"... ([59]). Una exhortación ética reminiscente de los "incentivos morales y psicológicos" que la revolución cubana predicó en los sesenta; sin embargo, Prebisch nunca los difundió ni en su entorno institucional inmediato ni en las prédicas a la sociedad latinoamericana ([60]).

Debe ser materia de futuras incursiones si este hálito utópico prebischiano es un producto de la desesperanza o de su inquebrantable optimismo. Y si al cabo constituye una floración extemporánea del "discurso a la juventud" que pensadores decimonónicos gustaban enhebrar ([61]) o si es un ingrediente que todavía será reclamado por la modernización enajenante y la cultura de la impunidad que hoy caracterizan a la condición regional.

---

58. Ibid. pág. 311.

59. Ibid. pág. 86.

60. Obsérvese otro ardid de la dialéctica hegeliana que de ninguna manera almacena un reproche personal o una infidencia. El hijo único de don Raúl es hoy un ciudadano norteamericano que está forjando su carrera pública y profesional en California. Tal es el peso de la enigmática razón histórica.

61. Véase al respecto J. Hodara, *¿El fin de los intelectuales?*, op. cit., especialmente el ensayo dedicado a la sociología del "pensador".

PONENCIAS *

---

* En esta sección se incluye la versión escrita de las ponencias que fueron presentadas en la Tercera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales el 23 de octubre de 1998. La Jornada estuvo dedicada al tema "El Derecho como Ciencia y como profesión".

LA CONCEPCION DE LA INTERPRETACION DE LA LEY EN FRANCISCO SUAREZ, CON ALCANCES A ALGUNAS TEORIAS CONTEMPORANEAS SOBRE HERMENEUTICA JURIDICA

JESUS ESCANDON *

Francisco Suárez (1548-1617) en su obra, en diez libros, que lleva por título "Tratado de las Leyes y de Dios Legislador" (1), dedica el libro sexto al tema relativo a la interpretación de la ley humana. Este libro exactamente se denomina "De la interpretación, cesación y mudanza de las leyes humanas". Aunque antes, en los libros primero y tercero, efectúa importantes consideraciones acerca de este asunto.

Nuestro autor introduce el tema de la interpretación de la ley dentro de otro mayor, en el cual la incluye. Este es el de la mudanza de la ley, señalando que "se ha de hablar de mudanza de la ley humana escrita, comprendiendo justamente la civil y la canónica, porque ambas admiten mudanza" (2). Esta mudanza puede ser "ab intrínseco", o bien, por un agente exterior, "ab extrínseco". En ambas la mudanza puede ser total o parcial. Cuando la mudanza "ab intrín-

---

* Profesor en la Universidad de Concepción.

1. Editorial Hijos de Reus, Madrid, 1918.

2. Suárez, ob. Cit., libro sexto.

seco" (por una causa interior a la ley misma) es sólo en parte o en ocasión particular, se llama interpretación de la ley o equidad o epiqueya. Resulta de sumo interés destacar esta idea de Suárez, que se encuentra en la base misma de su teoría interpretativa. Ella sostiene que la interpretación de la ley, hoy podríamos decir del Derecho, conlleva un cambio o mudanza de la misma. Con esto, claramente también está postulando que la interpretación es siempre creadora de Derecho, en lo que concuerdan ampliamente importantes teóricos del Derecho y iusfilósofos de nuestro siglo; baste recordar, entre otros, los nombres de Hans Kelsen y de Alf Ross. Lo anterior en contraste con la tesis, vinculada generalmente con la escuela de la exégesis que sostiene que la interpretación nada cambia en la ley interpretada, pues nada le añade ni la modifica.

Siguiendo una tradición del Derecho romano y de los romanistas de la Edad Media, clasifica en tres categorías o clases a la interpretación de la ley. Así distingue entre una interpretación auténtica, otra usual y otra doctrinal. Nos dice que auténtica es la interpretación que se hace por la autoridad de aquel que puede dar la ley. La usual es la tomada del uso o costumbre; en su opinión, vale mucho para prescribir la obligación de la ley, y a veces puede ser tal que sea auténtica y haya de tenerse por ley. Doctrinal es la que se hace por la doctrina y autoridad de los intérpretes. A estas tres clases de interpretación, de acuerdo a la glosa de Acursio, hay que añadirle todavía otra, la que se hace por sentencia del juez. Pero a ella nuestro autor prefiere incluirla en la costumbre, como una especie de interpretación usual. Pues, nos dice, la costumbre es muy buen intérprete de las leyes.

En lo que respecta a la interpretación auténtica, señala que ella no es nuda declaración de sentido de la primera ley, sino también alguna mudanza, o añadiendo o disminuyendo. De aquí se colige —en opinión de nuestro pensador— que aunque la interpretación no parezca del todo adecuada a la propiedad de las palabras de la ley, ante el evento de cualquier conflicto entre la ley interpretada y la ley interpretativa, prevalece ésta última. Es digna de hacerse notar esta hipótesis en que Suárez se coloca, la de un eventual conflicto entre la ley interpretada y la ley interpretativa. Por ello insiste que esta última no puede ser nuda declaración, o meramente

declarativa como diríamos hoy. Pero las sutilezas de Suárez, como jurista que es, continúan cuando expresa que la ley interpretativa de otra está expuesta a dudas y necesidades; por tanto, son también necesarias para ella otras interpretaciones.

Pero más que a la interpretación auténtica y a la usual, nuestro autor, en este libro sexto de su obra, dedica su principal atención a la interpretación doctrinal "la cual, aunque de suyo no indica obligación, porque no tiene potestad de introducir ley, tiene, no obstante su grado de autoridad, el cual puede a veces ser tan cierto que induzca necesidad" ([3]). En la actualidad se insiste casi por todos los autores en que la interpretación doctrinal es imprescindible, que se requiere de una teoría interpretativa sobre el Derecho que formule cánones o reglas de interpretación. Suárez nos dice que ello es así porque siempre las palabras de la ley presentan ambigüedades y dudas, y, además, principalmente, porque la ley habla brevemente y en general, y en la aplicación de ella a varios casos nacen en particular frecuentes dudas, por las cuales es necesario el juicio de los prudentes y la autoridad doctrinal. De aquí nos dice nació la pericia del Derecho Civil (ius civili) cuyo principal fin es dar el verdadero sentido y las verdaderas interpretaciones de las leyes humanas. En el fondo lo que aquí se plantea es la tesis —ampliamente compartida en la actualidad— que afirma que todas las leyes (todas las normas jurídicas o todo el Derecho diríamos hoy) deben ser interpretados cuando se los aplica, no sólo las oscuras. Las razones que nos da Suárez de por qué ello es así, también son muy actuales. Una, señala que las palabras de la ley siempre (o casi) presentan ambigüedades y dudas. Hoy en día una gran cantidad de autores que tratan el tema de la interpretación del Derecho, sobre todo, aunque no exclusivamente, los que adhieren en alguna forma a la filosofía analítica, como Carlos Santiago Nino y Alf Ross, entre otros, sostienen que el primero, y uno de los más graves problemas que presenta la interpretación del lenguaje de las normas jurídicas (y todo el lenguaje en general) radica en que la mayor parte de las palabras y expresiones son ambiguas y, prácticamente todas, salvo los números y los nombres propios, son vagos, es decir, imprecisos. La otra razón

3. Suárez, ob. Cit., libro sexto.

dada por nuestro autor sobre por qué toda norma jurídica debe interpretarse cuando se la aplica es más importante que la anterior. Nos dice que la ley habla en general y brevemente, y en su aplicación a varios casos, es decir, a los casos concretos y específicos de la vida real, surgen dudas, por lo cual es necesario el juicio de los prudentes y la autoridad doctrinal. Así entonces, nos indica que al pasar de la generalidad de la ley a lo específico del caso, debe realizarse una actividad interpretativa. Muchos juristas y iusfilósofos contemporáneos, no tendrían inconveniente alguno en suscribir este planteamiento. Entre otros, sin duda Kelsen, cuando sostiene que "toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico" (4). Conocida es también la tesis kelseniana que afirma, que la norma es un marco abierto a varias posibilidades. "El órgano encargado de aplicarla tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto" (5).

Suárez considera también el tema de los cánones o reglas que ha de ocupar el intérprete en su tarea. Se pregunta, ¿qué principios o reglas ha de usar para colegir el verdadero sentido y obligación de la ley? Nos señala que este es un punto sobre el cual mucho se ha escrito, agregando que él no sólo interesa a los intérpretes del Derecho, sino que también a los teólogos, todos los cuales necesitan alguna dirección en su labor hermenéutica. Tales principios o reglas, en opinión suya son fundamentalmente tres, "las palabras de la Ley en cuanto son significativas, la mente del legislador y la razón".

En las palabras, nos dice, se puede distinguir una significación propia y otra impropia. La verdadera interpretación de la ley se ha de tomar de la primera. Pero esto no sólo ocurre en el derecho, sino también en el lenguaje común, en el que para entendernos debemos

4. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho,* Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1960.

5. Kelsen, Hans, ob. Cit.

en primer lugar, tomar a las palabras en su significación propia. Lo mismo hacen los teólogos con respecto a las palabras de la Escritura. Todo ello a no ser, que por las circunstancias o por otros lugares conste otra cosa. Sobre todo en las leyes se acentúa la necesidad de tomar a las palabras en su significación propia, pues estas deben ser claras y no expuestas a circunvenciones, y a falsas interpretaciones. Pues si esto último ocurriera, no podrían regularse por ellas las acciones de los hombres, porque cada uno podría llevarlas a su arbitrio a sentidos impropios. Así entonces, las palabras de la ley han de tomarse siempre en sentido propio, salvo que haya obstáculos. El significado impropio de las palabras, que se adquiere por cuasi analogías (metafóricas), en opinión de nuestro autor, casi no tiene importancia.

Esta distinción de Suárez entre un sentido propio y otro impropio de las palabras, encuentra su origen en los juristas, todos romanistas de la Edad Media. Para ellos el significado propio de las palabras de la ley podía venir dado por una determinación de ésta; por la etimología (que hacía las veces de un diccionario o academia); o por el significado técnico que le daban al término los especialistas (el inventor). El significado impropio era el que venía dado por el uso común del hablar. No es exactamente éste el modo como Francisco Suárez entiende cada una de las mencionadas clases de significados de las palabras. Señala que en las palabras del Derecho o de las leyes, se suele distinguir dos clases de significados propios, uno natural y otro civil. El primero "no se llama así, porque alguna significación de las palabras de la ley sea natural, pues consta —nos dice— que todas las palabras de las leyes humanas tienen significación convencional y por imposición" (6). Este es otro planteamiento de Suárez que encontraría amplia acogida en lingüistas, lógicos filósofos y iusfilósofos de nuestro tiempo. Si las palabras tienen o no una significación natural, es algo que se ha debatido extensamente y desde siempre, desde el diálogo "El Gratilo" de Platón hasta nuestros días. Sin terciar en este largo debate, tomemos sólo la opinión de un par de juristas, y iusfilósofos actuales. Así, Alf Ross nos dice que

6. Suárez, ob. Cit.

"es posible formular la distinción entre signos y símbolos", la diferencia entre ambos consiste en que el signo es natural, mientras el símbolo es artificial". Agrega que "de todos los sistemas de símbolos, el lenguaje es el que se encuentra más plenamente desarrollado, el más efectivo y el más complicado" (7). No existe, en suma una relación natural entre las palabras y las cosas, sino que éstas adquieren significado en virtud de una determinación del hombre, por ejemplo, por convención, por imposición, es decir, porque una autoridad o poder impone un significado, por el uso u otro. Carlos Santiago Nino adhiere a estas ideas. Las refuerza señalando que, "la utilidad de tener presente la distinción entre símbolos y signos, y de advertir que el lenguaje es un sistema de símbolos, se pone de manifiesto cuando reparamos que existe una tendencia en el pensamiento común, racionalizada por una tradición filosófica prestigiosa, que encara las palabras como si fueran signos o sea como si tuvieran una relación natural, independiente de la voluntad de los hombres, con aquello que significan" (8). Agrega que Carnap denominó a este planteamiento "concepción mágica del lenguaje" y Kantorowics "realismo verbal". Concluye con unos versos de Borges que refutarían gráficamente la concepción naturalista del lenguaje que ahora consideramos, "Si el nombre es el reflejo de la cosa como dice el griego en el Gratilo, en las letras de rosa está la rosa, y todo el Nilo en la palabra Nilo".

Teniendo todo lo anterior en cuenta (que para Suárez las palabras tienen una significación convencional y por imposición) nos señala que el significado propio de las palabras de la ley es de dos clases. Hay una propiedad natural y otra propiedad Civil. "La primera consiste en la simple y primitiva imposición de las palabras y en ella suelen significarse las cosas como son verdadera y naturalmente, como la voz muerte significa la muerte natural. La propiedad civil de las palabras se obtiene por extensión, equiparación o ficción del derecho, como por ejemplo la voz muerte se extiende a la llamada

7. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia,* Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1994.

8. Nino, Carlos Santiago *Introducción al Análisis del Derecho.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

muerte civil" (9). Descarta un posible tercer sentido de la propiedad de las palabras, la propiedad que se adquiere por el uso, o propiedad usual, para él ésta quedaría incluida dentro de la propiedad natural. Parece pertinente recordar aquí el conocido artículo 20 de nuestro Código Civil, "las palabras de la ley se entenderán en un sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras".

Si una palabra tiene varias significaciones propias, entonces deberá observarse la regla que emplea ante todo lenguaje, ambiguo o equívoco. Por ello se ha de ponderar atentamente la materia de la ley y otras circunstancias para determinar su significado. De manera especial hay que considerar el principio de la ley, entendiendo por tal, según Suárez, al poemio. El que, aproximadamente cumple la función que hoy desempeña el mensaje de la ley.

Luego de las palabras, la segunda regla o principio interpretativo, que trata nuestro autor, es aquel que se ocupa de la intención o mente del legislador. La intención o mente del legislador es importante en la labor interpretativa "porque de ella depende principalmente lo mismo la sustancia que la eficacia de la ley". La verdadera interpretación de la ley es aquella que consigue captar la mente y la voluntad del legislador. Pero la dificultad radica en, ¿cómo captar la mente del legislador y con ello el sentido de la ley?, ¿puede esta mente tomarse las palabras?, ¿las palabras reflejan siempre la mente y el sentido de la ley?, ¿hay otros medios, además de las palabras para indagar por la mente? La respuesta es que las palabras, hablando de suyo (con propiedad) son el signo principalísimo de la voluntad del legislador y que se ha de usar de él principalmente para ver la mente de la ley, mas no sólo de él, sino juntamente con otros. Las palabras usuales en un sentido propio, cuando este sentido propio ha sido determinado de manera unívoca, es el primer medio para indagar la mente o voluntad del legislador. Pero también hay otros, según los juristas, de los cuales nuestro autor destaca las tres siguientes. Primero, la materia de la ley, pues a ella deben servir principalmente las palabras. Segundo, cuando la propiedad de las palabras indujere injusticia u otro absurdo parecido acerca de la men-

9. Suárez, ob. Cit., libro sexto.

te del legislador, se han de llevar las palabras a sentido aun impropio en el cual la ley sea justa y razonable, porque se presume que es esta la mente del legislador. En tercer lugar, puede indagarse la mente del legislador en alguna ley por comparación con otros derechos, aún aparte de la fuerza y propiedad de las palabras de ella.

Muchos alcances podrían efectuarse, desde una perspectiva actual, a estos planteamientos de Suárez acerca de la mente del legislador y la relevancia que ella tiene para la interpretación de la ley; entre otros podrían mencionarse: a) la relación entre las palabras y su significado; b) si el sentido de la ley, una vez en vigencia, se independiza o no de la voluntad de su autor; c) el problema relativo a quién tiene mayor relevancia para determinar el significado de la ley, si su autor o el intérprete; d) ¿puede el intérprete presumir una voluntad al legislador, aunque efectivamente no haya sido la suya, con la finalidad, por ejemplo de evitar una injusticia o un absurdo?

La tercera regla o principio interpretativo, según Suárez, nos indica que debe indagarse por la razón de la ley. Esta razón de la ley debe distinguirse, nos dice, de la mente del legislador. Muchos juristas importantes, Bartolo entre otros, la confundieron al no distinguir entre ratio y mente. Pero se equivocaron, pues aunque sean dos cosas muy cercanas, en rigor son distintas. La mente es el significado, lo que dice la ley. La razón es la finalidad que se persigue con el significado, su causa final. Pueden coincidir, de hecho muchas veces coinciden, pero conceptualmente hay que separarlas. La razón es un medio importante para averiguar la mente, pero no es el único porque también hay otros. Sobre todo es importante cuando se encuentra expresa en la ley, lo es menos cuando se halla tácita. Para los juristas medievales, a quienes Suárez sigue en alta medida, la razón por antonomasia de la ley es la equitas.

LAS ASOCIACIONES Y EL DERECHO DE ASOCIACION

LAUTARO RIOS ALVAREZ *

1. *Introducción*

Es idea corriente en nuestra cultura jurídica dar por sentado que toda asociación es el resultado del ejercicio del derecho de asociarse.

Esta visión no es completamente inexacta; pero, por lo mismo, se trata de una visión incompleta.

Algunas asociaciones son la consecuencia de la *necesidad* de asociarse aun sin mediar el derecho de asociación; o también pueden serlo de la *necesidad* de permanecer asociado.

En resumen, pensamos que las asociaciones pueden ser el resultado de un acto voluntario, sea en su constitución, sea en el ingreso, sea en la permanencia en ellas o en la sucesión de estos momentos del proceso asociativo. Pero también pueden ser la consecuencia de una necesidad en que esté ausente el ejercicio del derecho de asociarse en alguna o en todas dichas instancias.

Llamaremos al primer tipo descrito, asociaciones voluntarias. Y, al segundo, asociaciones necesarias. Esta es una denominación provisoria, mientras intentamos decantar la distinta justificación de unas y otras.

Porque, desde luego, podemos constatar que mientras en las primeras —las meramente voluntarias, como un club deportivo, un coro

* Profesor de la Universidad de Valparaíso.

o la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social— tanto al ingreso como la permanencia y la eventual desafiliación a ellas, se originan en un acto enteramente libre de quien ejercita el correspondiente derecho, en las sociedades necesarias, cuyos paradigmas son el matrimonio, la familia y el Estado, ninguno de tales actos depende de la sola voluntad del asociado y, por el contrario, ellos aparecen rodeados de requisitos o exigencias impuestos por consideraciones propias de la institución de que se trata y distintas del solo interés de sus integrantes.

Esto parece ser así porque mientras las sociedades meramente voluntarias se constituyen en el *interés y beneficio privados* de sus miembros, las sociedades necesarias —en cambio— conciernen, además, a *intereses públicos* perfectamente identificables y concordantes con el bien común de la sociedad en su conjunto y no sólo con el de la asociación particular de que se trata.

Ahora bien, la justificación de este trabajo no consiste en un ejercicio teórico. Nos preocupa la grave confusión que ha llegado a producirse tanto en órganos de autoridad como en altos niveles académicos, con respecto a la indistinta aplicación que se hace, a ambos tipos de asociaciones, de las libertades propias del derecho constitucional de asociación; el cual —sin lugar a ninguna duda— sirve de base garantista a aquéllas de talante meramente voluntario, pero no corresponde aplicar a las sociedades necesarias. Tal confusión nos parece grave y perniciosa.

Es grave porque ella ha hecho posible que, aún autoridades de jerarquía y prestigio internacionales, hayan dictaminado que el derecho de asociarse libremente, de desafiliarse de igual manera, así como la ausencia de la obligación de permanecer afiliado —todos ellos derechos propios de las sociedades meramente voluntarias— son derechos aplicables a sociedades necesarias —como los Colegios Profesionales— que difieren de las anteriores precisamente en este aspecto.

La confusión, por otra parte, es perniciosa porque desactiva y esteriliza la identidad propia de las sociedades necesarias, que lo son por no depender, ni en su creación, ni en su permanencia ni en su disolución, de la voluntad soberana de sus miembros, sino de requerimientos superiores del Estado, o de la sociedad civil, o del estatuto institucional de la propia asociación; los que garantizan, de este modo, su buen funcionamiento y la realización de sus fines.

Señalada esta motivación y antes de entrar en materia, precisemos qué vamos a entender en este trabajo por asociaciones y por derecho de asociación.

Concebimos la asociación como la reunión de dos o más personas que, bajo la guía de quien tiene autoridad para conducirla, persigue uno o varios fines acordes con su naturaleza y armónicos entre sí.

El derecho de asociación, en cambio, es la facultad que tiene toda persona para crear, pertenecer, permanecer y retirarse de cualquiera asociación que pueda concebirse para satisfacer los intereses y finalidades legítimos que se propongan los asociados.

2. *Las asociaciones voluntarias y la libertad de asociación*

2.1. *En la Constitución Política chilena.*

Cuando la Constitución Política chilena asegura a todas las personas "El derecho a asociarse sin permiso previo", o cuando prescribe que "nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación" (art. 19 Nº 15), se está refiriendo —obviamente— a las asociaciones meramente voluntarias. Sería incongruente y absurdo suponer que estos derechos pudieran tener cabida en el matrimonio, en la familia o en el Estado.

Porque lo que la Carta fundamental asegura y garantiza en los cuatro primeros incisos del ordinal 15º de su art. 19, es —en síntesis— el derecho de crear toda clase de asociaciones, para todos los propósitos imaginables, siempre que ellas no sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado; el derecho de ingresar a ellas; el de permanecer en ellas; y el de renunciar o retirarse de ellas a voluntad del asociado.

Estas facultades no se otorgan a los miembros de las asociaciones necesarias.

Nuestra Constitución se refiere —a modo de ejemplo— a diversos tipos de asociaciones no voluntarias, como la familia (art. 1º inc. 2º y 5º), el Estado (art. 1º inc. 3º, 4º y 5º), la Nación chilena

(art. 1º inc. 5º, art. 10º, art. 22 inc. 2º, 3º y 4º), la comunidad (art. 19 Nº 10, inc. final y 107 inc. 2º y 4º), las Universidades (art. 19 Nº 12), y otros que encuadran en la denominación genérica de "los grupos intermedios" (art. 1º inc. 3º), como los Colegios Profesionales.

No son los capítulos de las Constituciones que regulan los derechos fundamentales de las personas el lugar apropiado para referirse a la organización social ni a las distintas formas de asociación. Generalmente se hace referencia a esta materia en la parte orgánica y no en la parte dogmática de las cartas fundamentales. Por lo que no resulta congruente pretender aplicar los principios libertarios y garantistas que rodean al derecho de asociación privada, a entidades que persiguen otro tipo de finalidades y cuya existencia no se origina en la sola libertad asociativa ni depende de ella.

No parece lógico que un marido, después de varios años de vida matrimonial y agobiado por cargas que no sabe soportar —haciendo la misma lectura inapropiada que algunos han hecho de nuestro Código político— le diga a su cónyuge: "Mujer, nosotros nos casamos bajo el régimen del Código Civil que define el matrimonio como una unión indisoluble. Pero fíjate que he descubierto que nuestra Constitución, que goza de supremacía normativa sobre aquél, garantiza que *nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación;* de manera que me desisto de mi compromiso y me separo de ti y de nuestros hijos, en legítimo ejercicio de mi libertad asociativa y haciendo uso de un derecho constitucional"...

Esa es la lógica de los que aplican a las asociaciones necesarias los principios y normas del derecho de asociación.

2.2. *La libertad de asociación en el derecho internacional de los derechos humanos.*

La libertad de asociarse encuentra amplio reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El art. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1) dice:

"1. 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.

1. Aprobado en Chile por el D.S. 778, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

2. 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 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 y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza 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 puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías".

Por su parte, el art. 1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (Tratado de Roma) reconoce:

"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 ajenos; 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".

Por último, el art. 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" (2) dispone:

"1. Todas las personas tienen el derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera índole.

2. Aprobado en Chile por D.S. 873, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

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 aún la privación del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

2.3. La libertad de asociación en otras constituciones democráticas.

Sería una tarea agobiante pasar revista detallada a todas las Constituciones democráticas en esta materia ([3]).

Demos por cierto que, en todas ellas, se contempla el derecho de asociación entre los derechos fundamentales. Y que, de manera específicamente distinta, se reconoce a otro tipo de entidades o instituciones no voluntarias, las cuales —obviamente— no quedan adscritas a los principios y normas que gobiernan la libertad asociativa.

3. *Las sociedades institucionalizadas*

3.1. Justificación de las sociedades necesarias.- La tesis que venimos sosteniendo consiste en que las normas citadas, concernientes

3. En el ámbito iberoamericano pueden consultarse los arts. 14 C.P. Argentina, 7 C.P. Bolivia, 5. XVIII C.P. Brasil, 38 C.P. Colombia, 25 C.P. Costa Rica, 20 y 54 C.P. Cuba, 19. 15 C.P. Chile, 23. 29 C.P. Ecuador, 7 C.P. El Salvador, 34 C.P. Guatemala, 78 C.P. Honduras, 9 C.P. México, 49 C.P. Nicaragua, 39 C.P. Panamá, 42 C.P. Paraguay, 2. 13 C.P. Perú, 2. 6. C.P. Puerto Rico, 8. 7. C.P. República Dominicana y 70 C.P. Venezuela (vid. la reciente y actualizada recopilación Las Constituciones de Iberoamérica, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1998, preparada por L. López Guerra y L. Aguiar de Luque). Para el derecho constitucional escrito europeo, pueden verse los arts. 9 y 18 de la Ley Fundamental de Bonn, 12 de la C.P. Austria, 27 C.P. Bélgica, 78 C.P. Dinamarca, 22 C.P. España, 10 A2 Instrumento de Gobierno de Finlandia, 12 C.P. Grecia, 40 C.P. Irlanda, 18 C.P. Italia, 26 C.P. Luxemburgo, 8 C.P. Países Bajos, 46 y 51 C.P. Portugal y 1.5 y 14.2 (cap. II) C.P. Suecia (textos que pueden consultarse en la reciente edición, a cargo de los profesores Francisco Rubio y Mariano Daranas, titulada: Constituciones de los Estados de la Unión Europea, Ariel, Barcelona, 1997).

al derecho fundamental de asociación, llamado también "libertad asociativa", sólo se aplican a las asociaciones que, por su origen y naturaleza, pueden calificarse como sociedades voluntarias.

Esta afirmación trae como consecuencia que existe también otro tipo de entidades cuyo origen no radica en la libertad asociativa y cuya naturaleza tampoco congenia con ella.

Provisoriamente hemos denominado a estas entidades "asociaciones necesarias", por la simple constatación de que constituyen organizaciones no contingentes, que no son frutos del capricho o la espontaneidad sino que responden a necesidades o requerimientos esenciales para el desarrollo de la humanidad en general —como la familia o el Estado— o para el desarrollo de ciertos grupos humanos en función del progreso social, como las Universidades o los Colegios Profesionales o los Partidos Políticos. En otras palabras, estas asociaciones trascienden largamente el interés o el beneficio particular que pudieran perseguir sus integrantes.

3.2. Las Teorías de Wolff y Schmitt.- Cuando trataba de ordenar estas ideas llegó a mis manos un trabajo en que se describen las lucubraciones de Martin Wolff (1923) y de Carl Schmitt (1928) en torno a las "garantías institucionales" y las "garantías de instituto" ([4]).

En palabras de Carl Schmitt, una garantía institucional "...supone un objeto de esta garantía, configurado de una determinada manera, una institución, ya que de lo contrario no podríamos hablar de una garantía institucional. Este tipo de garantía se refiere siempre a algo actual, presente, formado y organizado, existente y disponible. En esta medida radica en ella la garantía de un determinado estado y una situación normativa existente, y contiene elementos de una garantía de Status quo" ([5]).

4. Ver la exposición de esta teoría en Aldunate, Eduardo y Fuentes, Jessica: "El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Actas de las XXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, XVIII (1997) pp. 195 y ss.

5. Citado por Aldunate y Fuentes, ob. cit., pág. 206.

En el comentario de la parte final de la cita, el Prof. Aldunate aclara que la diferencia entre las garantías de Status quo y las institucionales consiste en que, mientras las primeras "congelan" una situación jurídica impidiendo toda intervención del legislador que implique modificar la regulación jurídica respectiva, "las garantías institucionales sólo tienden a conservar el núcleo de la respectiva institución" (6).

Para utilizar esta formulación teórica formidable del maestro alemán (7) en la construcción de la tesis que venimos desarrollando, precisemos que aquellas formas de asociación no voluntaria que hemos descrito vienen dotadas, a través de una larga historia en el curso de la humanidad de una estructura adecuada a sus fines, de ciertos instrumentos jurídicos idóneos para realizarlos que configuran su estatuto, de una identidad propia y —en fin— de un núcleo esencial que la Constitución tiene que reconocer cuando la asociación lo ha antecedido y que por lo mismo, es indisponible para el legislador, quien debe respetar ese conjunto de características que configuran la garantía institucional.

3.3. Las sociedades institucionalizadas.- Podemos, pues, calificar en definitiva a estos entes —entre los que hemos alineado a la familia, al Estado, a la Universidad y a los Colegios Profesionales, entre otros— como *instituciones asociativas* o —mejor aún— *sociedades institucionalizadas,* en oposición al tipo de asociaciones meramente voluntarias.

3.4. Consagración constitucional.- Este tipo de sociedad institucionalizada cuyo perfil venimos delineando, encuentra seguro asilo en tres textos constitucionales, a lo menos.

Dice el art. 36 de la Constitución española: "La ley regulará las *peculiaridades propias* del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas".

6. Ob. cit., pág. 207.

7. Como bien señala el Prof. Aldunate, de ella deriva la teoría de "la esencia del derecho", recogida en el art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; en el art. 53.1 de la Carta española de 1978 y en art. 19 Nº 26 de nuestra C. Pol. vigente.

En palabras de Antonio Pedrol Rius (8), "La Constitución reconoce que esos colegios no los ha creado ella, que esos colegios estaban ya antes y que esos colegios tienen unas peculiaridades que les son propias, lo cual, de otra manera, quiere decir que lo único que queda para la ley futura es ordenar jurídicamente esas peculiaridades, pero sin que esa ley pueda en ningún caso desconocer tales peculiaridades, ni pueda deformarlas ni mucho menos destruirlas. Y ésa es una barrera constitucional por encima de cualquier imaginable veleidad parlamentaria futura".

Veamos el segundo texto prometido. Dice el art. 1º inc. 2º de nuestra Carta Fundamental: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad".

Esta declaración —formulada en las "Bases de la Institucionalidad"— está reconociendo una asociación institucionalizada mucho antes que existiera el primer Estado sobre la tierra; una institución con estructura y caracteres esenciales propios que el constituyente reconoce y respeta a tal punto que la proclama como "el núcleo fundamental de la sociedad".

Pero, además de esta exaltación particularizada de la familia, nuestra Constitución contiene un reconocimiento y una garantía de respeto y amparo hacia todos los cuerpos intermedios a través de los cuales —en palabras del constituyente— "se organiza y estructura a la sociedad"; y, además, se les asegura la autonomía necesaria para cumplir sus propios fines. (art. 1º inc. 3º C. Pol.).

Esta disposición consagra, claramente, el reconocimiento y el amparo del Estado a las *asociaciones institucionalizadas*; y también, el respeto a la garantía institucional —en la idea de Wolff y Schmitt— consistente en "la *adecuada autonomía* para cumplir *sus propios fines específicos*".

8. Uno de los miembros de la Asamblea Constituyente y Presidente, a la sazón, del Colegio de Abogados de Madrid. Cfr. "Papel de las Asociaciones Profesionales en una sociedad democrática" (Club siglo XXI, Madrid, Conf. de 16-XII-1983).

4. *Un caso paradigmático de incongruencia: Los Colegios Profesionales en Chile*

4.1. Historia reciente.- Se ha dicho que la historia sigue un curso espiral cuyas volutas a menudo se repiten a distinto nivel... el *retorno* de la historia.

A dos siglos de la Revolución francesa, en que la emergente burguesía, con el propósito de liberalizar la organización laboral, abolió los gremios mediante la ley Le-Chapelier, la nueva clase empresarial chilena, nacida al amparo del régimen militar e inspirada en la ideología neoliberal, introdujo en la Constitución de 1980 el denominado "orden público económico", tendiente a liberalizar todos los factores de la economía, potenciar la libre empresa y achicar el tamaño del Estado.

Bajo la premisa que los Colegios Profesionales constituían una traba para la libertad asociativa y para la libertad de trabajo, los dirigentes de esta nueva clase lograron torcer el rumbo del régimen militar que había constitucionalizado —por primera vez, en la historia de Chile— a estas instituciones (9).

4.2. Agresión constitucional.- Borrando de la nueva Constitución toda referencia a la colegiación profesional, introdujeron en ella dos disposiciones destinadas a privarlos de este supremo amparo normativo. A propósito del derecho de asociación (Art. 19 Nº 15), la Carta dice "Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación". Y en relación a la libertad de trabajo (Art. 19 Nº 16), intercalaron la siguiente oración. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización *o entidad alguna* como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos". Creyeron, con estas dos disposiciones, destruir para siempre la colegiación obligatoria.

---

9. El art. 1º Nº 20 del Acta Constitucional Nº 3 (DL. 1.552/76) decía en su inc. 6º: "La colegiación será obligatoria en los casos expresamente exigidos por la ley, la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria".

4.3. Agresión legislativa.- No terminaron aquí las acciones agresivas en contra de los Colegios.

Ignorando su historia institucional que se remonta al año 1300, —data de nacimiento del Colegio de Abogados de Francia— y, lo que es más grave, infringiendo todas las garantías que —en favor de las asociaciones intermedias— reconoce el referido art. 1º inc. 3º de la Constitución, los mismos firmantes de esa Carta concurrieron a la dictación de dos decretos leyes, a escasos días de la entrada en vigencia de la Constitución, perpetrando el mayor fraude a su propia obra de que tengamos memoria.

En efecto, en virtud del D.L. 3.621 del 3 de febrero de 1981, en lugar de *reconocer* la identidad propia de los Colegios Profesionales como manda la Constitución, la desconocieron, transformándolos en lo que no son ni jamás han sido: en "asociaciones gremiales" de derecho privado, ideadas en el solo interés y beneficio de sus socios.

En vez de prestar *amparo* a los Colegios como prescribe la Carta fundamental en el precepto citado, les agredieron de muerte, mediante su disolución.

Y en lugar de garantizarles la *adecuada autonomía* para cumplir sus propios fines específicos —como también ordena la Constitución— les privaron del ejercicio de sus facultades disciplinarias encaminadas al control de la conducta ética de los profesionales y de la potestad normativa en materia correctiva y arancelaria.

No obstante ser abogados el Ministro del Interior y la Ministra de Justicia de esa época, un día antes que entrara en vigencia la Constitución —el 10 de marzo de 1981— se publicó en el Diario Oficial el D.O. Nº 3.637 por el cual —transgrediendo nuevamente el art. 1º inc. 3º de la Constitución, suscrita por los mismos autores del decreto ley— se despojó al Colegio de Abogados de Chile de todas las funciones y prerrogativas de interés público que le atribuía el Código Orgánico de Tribunales, dejándolo marginado de su tradicional y positiva colaboración a la buena marcha de la administración de justicia.

4.4. El poder de la arbitrariedad.- Ninguno de estos ataques a organismos a los que incumbe la defensa de intereses públicos habría tenido lugar si el legislador cívico-militar hubiese tomado

en consideración la historia institucional de estas organizaciones que, en Chile, hunde sus raíces en el pasado siglo; que comienzan a ser legisladas en 1925; que forman parte de la organización y estructura de la sociedad chilena —como lo reconoce la propia Constitución Política— y que han prestado a la comunidad nacional servicios imponderables.

Es cierto que no podíamos exigir a un legislador arbitrario y poco adicto al Estado de derecho —como fue el legislativo militar— que respetara las garantías institucionales de los Colegios, en la concepción doctrinal de Wolff y Schmitt.

Pero a un gobierno que hizo tanto alarde del sentido del honor, lo menos que podíamos exigirle era que respetara su propia palabra —convertida en norma, reconocimiento, amparo y garantía de las asociaciones intermedias en su propia Constitución— al legislar con respeto a su identidad y a sus prerrogativas históricas pero no para escarnecerlos, como lo hizo, llegando al extremo de su disolución.

4.5 *Los colegios profesionales en el derecho público comparado.*

Hay quienes piensan que hablar, a fines del siglo XX, de Colegios Profesionales, es como regresar a la Edad Media.

Es cierto que esta instituciones son antiguas. También son antiguas la familia, la comunidad nacional, las iglesias o las Universidades. Y, sin embargo, mantienen su actualidad.

El mayor signo de modernidad y de vigencia de los Colegios se evidencia en su progresiva constitucionalización.

Un vistazo al derecho comparado servirá para comprobarlo.

4.5.1 *En Europa.*

En el panorama de las constituciones escritas europeas, quisiera solamente llamar la atención sobre las leyes fundamentales de España, Holanda y Finlandia.

La Constitución española de 1978 —a la que ya aludimos— dice así en su art. 36:

"Art. 36. La ley regulará *las peculiaridades propias* del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos" ([10]).

En el art. 134 de la Ley Fundamental del Reino de los Países Bajos se lee:

"1. Por ley o al amparo de ella se podrán establecer o suprimir *organismos públicos para las profesiones* y oficios, así como otras entidades de carácter público.

2. La ley regulará las misiones y la organización de *estos entes públicos,* la composición y la competencia de sus órganos de gobierno y la publicidad de sus sesiones.

Por ley o al amparo de ella se podrá asimismo conferir potestad reglamentaria *a estas administraciones.*

3. La ley regulará la tutela sobre *estos entes administrativos,* cuyos acuerdos sólo podrán ser anulados por infracción de ley o por ir contra el interés general".

De este pasaje, llama la atención la referencia a los colegios profesionales como "organismos públicos" o "entes administrativos".

El instrumento de gobierno de Finlandia (Helsinki, 1919), en el inciso 2º del art. 10a establece:

"Todos tendrán libertad de asociarse, la cual implica el derecho de constituir asociaciones sin previa autorización, el de pertenecer o no a determinadas asociaciones y el de tomar parte en las actividades de asociaciones. Se garantiza *igualmente* la libertad de asociación profesional y la de organizarse para la tutela de otros intereses".

Por último, y además de las citas textuales recién transcritas, la doctrina europea prevaleciente se inclina a reconocer como particularidades propias de los Colegios profesionales su privilegio de unicidad, la figura de la colegiatura obligatoria y su personalidad jurídica de derecho público" ([11]).

---

10. Ver la cita 8.

11. Ver Ariño, Gaspar y Souviron, José María: Constitución y Colegios Profesionales (Unión Editorial, Madrid, 1984), pág. 156.

4.5.2. *En Sudamérica*

En el sistema jurídico americano se destacan las Constituciones de Venezuela, Colombia y Perú.

La Constitución de *Venezuela,* en su art. *82,* dice:

"La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

Es *obligatoria la colegiación* para el ejercicio de aquellas *profesiones universitarias* que señale la ley" ([12]).

La Constitución de *Colombia de 1991* armoniza perfectamente el libre ejercicio profesional con la responsabilidad y control de las profesiones universitarias, su colegiación y sus funciones públicas. Su art. 26 dice así:

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos.

La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles".

Para terminar, la Constitución *Política peruana de 1993,* establece en su art. 20 que:

"Los Colegios profesionales son *instituciones autónomas con personalidad de derecho público.* La Ley señala los casos en que *la colegiación es obligatoria".*

Si tuviera que anotar los caracteres esenciales que en materia de colegios profesionales imperan en el mundo europeo e ibero americano —con la excepción del caso chileno— diría que son:

a) éstos se constituyen como corporaciones de derecho público por ser ésta la fórmula jurídica más adecuada a la naturaleza y fines de estas asociaciones;

12. En este precepto se inspiró el art. 1° N° 20 del Acta Constitucional N° 3 (D.L. N° 1.552 de 1976), cuyo párrafo 6° contemplaba la colegiación obligatoria.

b) rige el principio de unicidad, esto es, existe un solo Colegio representativo de cada profesión, sin perjuicio de otras asociaciones profesionales que puedan organizarse;

c) la colegiatura es un requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones universitarias; y

d) los Colegios cumplen ciertas funciones públicas entre las que destacan la regulación del ejercicio profesional, el control ético de dicho ejercicio y la prestación de ciertos servicios de utilidad pública como la designación de abogados de turno, de farmacias de turno, de asesoría médica a los jueces, el control previo de proyectos de ingeniería y arquitectura y funciones de asistencia técnica al Estado y sus organismos, en forma enteramente gratuita ([13]).

4.6. *La jurisprudencia europea.*

La distinción entre corporaciones regidas o no por la libertad de asociación, tiene un lugar importante dentro del derecho europeo. En Italia, por ejemplo, el año 1969, la Corte Costituzionale consideró inconstitucional una norma que disponía la pertenencia obligatoria de los cazadores a la Federación Italiana de caza. La doctrina central de la Corte sostenía la ilegitimidad de la asociación obligatoria, a menos que ella resultara necesaria para "asegurar la consecución y tutela de determinados *fines públicos"* ([14]).

Criterio similar al italiano ha seguido la jurisprudencia francesa, cuya Cour de Casation ha estimado que ni la colegiación obligatoria ni la obligación de contribuir económicamente con el sostenimiento de las Ordenes de médicos y arquitectos, contraría ni el Pacto de Derecho Civiles y Políticos de Naciones Unidas, ni la Convención Europea de Derechos del Hombre ([15]).

13. Cfr. mi trabajo "Los Colegios Profesionales" en Revista de Derecho Público N° 59 (Universidad de Chile, 1996), pág. 202.

14. Vid. Fanlo, Antonio: El debate sobre los Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales. La Administración Corporativa en la jurisprudencia constitucional (Civitas-Prensas Universitarias, Universidad de Zaragoza, Madrid, 1992), págs. 83-84.

15. Ibid., págs. 87-88.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha inclinado hacia la misma postura, ahondando todavía más en las particularidades de los Colegios profesionales ([16]). En la sentencia Nº 20 de 18 de febrero de 1988, dicho Tribunal aclaró expresamente que el sentido del art. 36 de la Carta de 1978 es precisamente singularizar a los Colegios Profesionales como "entes distintos de las asociaciones". En una sentencia de 1989, el mismo órgano jurisdiccional sostuvo que "si los Colegios profesionales, por su tradición, por su naturaleza jurídica y fines y por su constitucionalmente permitida regulación por ley, no son subsumibles en la totalidad del sistema general de asociaciones a las que se refiere el artículo 22 CE (libertad de asociación), porque, aunque siendo en cierto modo asociaciones, constituyen una especial o peculiar clase de ellas, con reglas legales propias (art. 36), distintas de las asociaciones de naturaleza jurídico-privada, es claro que no puede serles aplicable el régimen de éstas ([17]). En el mismo fallo, el tribunal Constitucional llamó la atención sobre ciertas reglas peculiares que entraban el funcionamiento de estas instituciones, destacando entre ellas la adscripción forzosa al Colegio profesional: *"la colegiación abligatoria,* como requisito exigido por la ley para el ejercicio de la profesión, *no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa,* activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE.) ([18]).

El tema tampoco escapa a la copiosa jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. En numerosas sentencias este Tribunal ha considerado la colegiatura obligatoria como una figura absolutamente com-

16. Vid., en particular, la jurisprudencia citada en Pereda, José, González, Juan, Huelín, Joaquín y Gil, José: Constitución española (Colex, 2ª ed., Madrid, 1993), págs. 305 y sgtes.; Rubio, Francisco: Derechos fundamentales y principios constitucionales (Ariel, Barcelona, 1995), págs. 576 y sgtes.; y Jiménez, Antonio: "La Jurisprudencia constitucional sobre los Colegios Profesionales", en Moreno, Bernardo, Albiez, Klaus, Pérez-Serrabona, José (eds.): El ejercicio en grupo de las profesiones liberales (Universidad de Granada, 1993), págs. 617 y sgtes.

17. Sentencia Nº 89 de 1989, fundamento jurídico 7º, en Rubio, Francisco: op. cit., p. 584.

18. Id. fundamento jurídico 8º, ibíd., p. 585.

patible con el Tratado de Roma sobre derechos fundamentales. En las sentencias de 28 de junio de 1981 (caso Le Compte, Van Leuven y De Meyère) y 10 de febrero de 1983 (caso Albert y Le Compte) ([19]), queda más que clara la diferencia entre las asociaciones ordinarias del art. 11 del Tratado de Roma y las entidades profesionales, negando expresamente a éstas últimas la naturaleza de asociaciones en el sentido de dicha norma internacional ([20]).

4.7. *Un precedente americano.*

De los anales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, me interesa destacar una opinión separada del magistrado colombiano Rafael Nieto Navia, que extraigo de la Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre colegiación obligatoria de periodistas, de 13 de noviembre de 1985. En ella se lee:

"Cabe preguntarse si los entes públicos con estructura asociativa, llámense asociaciones, corporaciones o colegios, violan el carácter voluntario (...) contenido en la libertad de asociaciones. Habrá que responder que la norma imperativa de derecho público que obliga a los individuos a asociarse en colegios por profesiones es válida y no puede considerarse per se violatoria de la libertad de asociación, cuando tales colegios cumplen fines estrictamente públicos, trascendentes al interés privado, es decir, cuando reciben del Estado una delegación que éste podría cumplir directamente pero que delega porque considera que esa es la forma más idónea para cumplir con

19. Ambas sentencias pueden revisarse en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia 1959-1983 (Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, 1981), págs. 695 y sgtes. y págs. 903 y sgtes., respectivamente.

20. Con todo, la sentencia de 28 de junio de 1981, expresamente dice que en caso de impedirse la formación de asociaciones profesionales paralelas, se violaría el art. 11 de la CEDH: "En consideración a estos diversos elementos considerados en su conjunto, la orden no podría calificarse de asociación en el sentido del artículo 11. Todavía es preciso que su creación por el Estado belga no impida a los facultativos fundar entre ellos asociaciones profesionales o afiliarse a otras, sin lo cual habría violación" (n. 65). Esta última frase es bastante discutible si tenemos en cuenta el privilegio de unicidad que necesita toda orden profesional para cumplir sus finalidades públicas.

el fin propuesto. Tales colegios no puede considerarse que sean asociaciones a las que se refiere el artículo 16 de la Convención" (n. 7). "En cambio puede considerarse que se viola la libertad de asociarse al obligar por ley a los individuos a hacerlo, si los fines propuestos de tal asociación son de aquellos que podrían cumplirse por asociaciones creadas por los individuos al amparo de su libertad, es decir, si tales asociaciones corresponden a aquellas a las que se refiere el artículo 16" (n. 8) ([21]).

Por las razones transcritas el magistrado concluía que la ley cuestionada (una ley costarricense que imponía como requisito para ejercer la actividad de periodista en general y —en especial— la de reportero, la colegiación a la orden de periodistas), en cuanto hacía obligatoria la pertenencia al Colegio respectivo —una corporación pública cuyos fines podrían ser alcanzados por asociaciones privadas creadas al amparo de la libertad de asociación— creaba restricciones no permitidas por el artículo 16 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, por consiguiente, era incompatible con ella. Esta opinión separada, tiene la ventaja de llamar nuevamente la atención sobre la existencia de entidades a las cuales no se aplica la libertad de asociación o, lo que es lo mismo, de señalar cuáles son las fronteras naturales de esa libertad.

5. *Conclusiones.*

De todo lo dicho y argumentado nos parece que se puede concluir razonablemente que:

5.1. El derecho de asociación o libertad asociativa constituye el origen y fundamento de la creación, pertenencia y renuncia a las asociaciones meramente voluntarias.

5.2. Junto a ellas existen otras asociaciones que no tienen conexión causal con el derecho de asociación sino que obedecen a un estatuto propio. Son asociaciones necesarias para la subsistencia y el desarrollo humano. Paradigmas de este tipo son el matrimonio, la familia y el Estado.

21. Texto completo de la opinión consultiva en la revista Estudios Públicos 53 (1994), págs. 333 y ss.

5.3. El derecho de asociación tiene universal acogida en el derecho constitucional —especialmente en la parte dogmática de las Constituciones Políticas— y en los Pactos y Declaraciones de DD. HH. Las asociaciones necesarias están generalmente consagradas en la parte orgánica de las Cartas fundamentales, aunque también se las considera en otros capítulos.

5.4. Las asociaciones necesarias tienen las características de una estructura y consolidación históricas, de un estatuto propio y de un reconocimiento del constituyente y el legislador que, en las ideas de Wolff y Schmitt, están obligados a respetar la "garantía institucional" que les corresponde, reconociendo y resguardando su contenido esencial, al regularlas. Por estas razones, pueden denominarse asociaciones institucionalizadas.

5.5. Esta categoría encuentra clara recepción en una norma particular de la Constitución española y en dos preceptos de las Bases de la Institucionalidad de la C. Pol. chilena.

5.6. Es paradigmático —en sentido inverso— el análisis de la naturaleza de los Colegios Profesionales y del tratamiento que se les ha dado en Chile por el constituyente y el legislador, con desconocimiento de su específico carácter y de su garantía institucional.

5.7. Interesa también señalar que tanto en el derecho constitucional comparado, como en la doctrina internacional y en la jurisprudencia europea, los Colegios son tratados como personas jurídicas de derecho público, distinguiéndoseles de las asociaciones privadas y del derecho de asociación que las origina, y reconociendo sus atributos y garantías.