



Cuestiones constitucionales

ISSN: 1405-9193

ISSN: 2448-4881

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Marcheco Acuña, Benjamín

La inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria y el control de la deontología profesional en Ecuador según la resolución 0038-2007 TC del 5 de marzo de 2008, del Tribunal Constitucional

Cuestiones constitucionales, núm. 38, 2018, Enero-Junio, pp. 85-111

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.38.11876>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88571739004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA COLEGIACIÓN
OBLIGATORIA Y EL CONTROL DE LA DEONTOLOGÍA
PROFESIONAL EN ECUADOR SEGÚN LA RESOLUCIÓN 0038-2007
TC DEL 5 DE MARZO DE 2008, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

THE UNCONSTITUTIONALITY OF MANDATORY MEMBERSHIP
AND THE CONTROL OF PROFESSIONAL DEONTOLOGY
IN ECUADOR FROM RESOLUTION 0038-2007 TC, OF 05/03/2008,
OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Benjamín MARCHECO ACUÑA*

RESUMEN: Este trabajo realiza un análisis crítico de la Resolución 0038-2007 del 5 de marzo de 2008 del entonces Tribunal Constitucional ecuatoriano, por la cual se declaró inconstitucional la exigencia de adscripción obligatoria a agrupaciones gremiales contenida en treinta disposiciones legales, por entenderla contradictoria con los derechos a la libre empresa y de asociación consagrados en los numerales 16 y 19 del artículo 23 de la entonces vigente Constitución Política; tanto para demostrar la poca solidez técnica de sus argumentos como, fundamentalmente, para evidenciar los efectos negativos que produjo sobre el control de las reglas éticas y deontológicas, al privar a los colegios de sus poderes de vigilancia, corrección y sanción sobre toda la actividad profesional.

Palabras clave: deontología profesional, colegiación obligatoria, derecho de asociación.

ABSTRACT: This paper aims to make a critical analysis of Resolution 0038-2007 of March 5, 2008 of former Ecuadorian Constitutional Court, who declared unconstitutional the requirement of compulsory membership of professional and trade associations, due to it oposition to the right of free enterprise and association enshrined in sections 16 and 19 of Article 23 of the Constitution then in force; both to demonstrate the lack of technical soundness of their arguments as mainly to demonstrate the negative effects produced on the control of profesional ethical and deontology rules, by depriving the professional corporations of their powers of surveillance, prosecution and punishment about all professional activity.

Keywords: Deontology, Compulsory Membership, Right to Free Association.

* Doctor en ciencias jurídicas, Universidad de La Habana; master en derecho constitucional, Universidad Internacional Menéndez Pelayo; master en especialización e investigación en derecho, Universidad de Zaragoza; master en derecho constitucional y administrativo, Universidad de La Habana, licenciado en derecho, Universidad de Oriente. Profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El control de las reglas deontológicas. El rol de los colegios profesionales*. III. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La deontología profesional, entendida ésta como la concreción de determinados principios éticos en reglas de conducta exigibles a quienes practican una profesión, ordinariamente sistematizadas en disposiciones normativas aprobadas por las organizaciones que representan al gremio, tiene como misión primordial garantizar la dignidad de las profesiones, de manera que éstas cumplan con su función social y su ejercicio honre la confianza que la ciudadanía deposita en quienes la practican.

Los principios y enunciados normativos deontológicos plasmados en los “códigos de ética profesional” buscan proteger y estimular el desarrollo de los valores esenciales que determinan el perfil exigible para el ejercicio de una profesión, con el propósito de lograr el crecimiento humano del profesional, humanizar la profesión y, con todo esto, garantizar a la sociedad que la prestación de los servicios profesionales se apegue estrictamente a las reglas del decoro y la moral social. Pero, al mismo tiempo, su inobservancia pudiera comportar consecuencias de carácter sancionador, en dependencia de los poderes que para ello cuenten los órganos encargados de su aplicación.

Mientras que los principios deontológicos sean sólo un enunciado de valores y aspiraciones de conducta moral de los profesionales, o que constituyan al mismo tiempo un cuerpo normativo del que se deriven, frente a su contravención, consecuencias jurídicas de naturaleza sancionatoria que aseguren la efectividad de la prevención de la conducta profesional incorrecta, depende del modelo de control que sobre el ejercicio de las profesiones adopte cada sociedad en concreto.

La experiencia más extendida, y a la sazón la más eficaz, ha sido la de asignar ese control, con las correlativas facultades de corrección y sanción, a los poderes de autorganización y autogobierno de las propias agrupaciones o gremios profesionales, previo el reconocimiento de la función social de determinadas profesiones y la relevancia de los intereses que en ellas se involucran, y la asunción de que son estas organizaciones las que mejor pueden ofrecer garantías de buena práctica profesional y de un servicio de calidad de cara a los clientes y a la sociedad en general, y dada la mejor

idoneidad de sus miembros para evaluar a sus pares. “Los Colegios habrán, pues, de ser el escenario natural de un indispensable debate ético, cuyos resultados estarían destinados a lucir —en su momento y ocasión— los máximos galones jurídicos”.¹

Esta atribución de potestades de naturaleza pública, como las de control y sanción, a entes corporativos como los colegios profesionales determina, a los efectos de garantizar su efectividad y en virtud del principio de igualdad, la necesidad de adscripción obligatoria de quienes pretenden dedicarse a la profesión. Esta cuestión ha suscitado una viva polémica en el plano teórico, por cuanto dicha exigencia en opinión de algunos supone un conflicto con derechos fundamentales como las libertades de asociación, de empresa o el derecho al trabajo.

Las soluciones jurisprudenciales y legislativas en los distintos países han sido diversas y diametralmente opuestas, reflejo precisamente del desacuerdo doctrinal en un tema tan complejo; incluso las hay contradictorias dentro de un mismo sistema jurídico, como es el caso de Ecuador, que se ha movido en los extremos; yendo desde la exigencia masiva de afiliación obligatoria a agrupaciones gremiales (profesionales o empresariales) y su aceptación por la jurisprudencia constitucional, hasta la eliminación radical de la misma, también por vía jurisprudencial, por su incompatibilidad con los derechos constitucionales a la libertad de empresa y de asociación.

El presente trabajo tiene precisamente como objetivo realizar un análisis crítico de la Resolución 0038-2007 de 5 de marzo de 2008 del ex Tribunal Constitucional ecuatoriano, por la cual se declaró inconstitucional la exigencia de adscripción obligatoria a agrupaciones gremiales contenida en treinta disposiciones legales, por entenderla contradictoria con los derechos a la libre empresa y de asociación consagrados en los numerales 16 y 19 del artículo 23 de la entonces vigente Constitución Política; tanto para demostrar la poca solidez técnica de sus argumentos como, fundamentalmente, para evidenciar los efectos negativos que produjo sobre el control de las reglas éticas y deontológicas, al privar a los colegios de sus poderes de vigilancia, corrección y sanción sobre toda la actividad profesional.

A estos efectos, se ha dividido en cinco epígrafes: el primero dedicado a abordar la naturaleza jurídica de los colegios profesionales como corporaciones de derecho público y su función en el control de la actividad profesional;

¹ Ollero Tassara, Andrés, “Deontología jurídica y derecho”, *Thèmes, Revue de la B.P.C.*, IV, 2002, disponible en: philosophiedudroit.org/ollero,%20deontologia.htm.

el segundo trata de la controversial cuestión de la colegiación obligatoria para el ejercicio profesional y las soluciones legales y jurisprudenciales desde una perspectiva comparada; el tercero y el cuarto, respectivamente, al análisis crítico de los argumentos jurídicos de la resolución constitucional 0038-2007-TC de 5 de marzo de 2008, que declara la inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria en el Ecuador y los efectos negativos que ello produjo sobre el control de las reglas de la deontología profesional; y por último se formulan notas conclusivas que llaman la atención sobre la necesidad de revertir la situación de desprotección social que produce la falta de mecanismos adecuados de prevención y corrección de las conductas profesionales éticamente inadecuadas.

II. EL CONTROL DE LAS REGLAS DEONTOLÓGICAS. EL ROL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

1. *Las funciones de los colegios profesionales en el control del ejercicio profesional*

La prestación de servicios profesionales se caracteriza por la asimetría de información entre el prestador del servicio y el cliente. Los servicios prestados afectan a cuestiones esenciales de la vida, la salud y la justicia o a cuestiones económicas importantes. El prestador del servicio debe, por tanto, poseer un alto grado de profesionalidad y de compromiso ético.²

El poder para vigilar y controlar el ejercicio profesional y garantizar la calidad de los servicios, así como para sancionar las conductas irregulares de quienes los prestan, corresponde en principio al Estado, quien puede ejercerlo directamente a través de los organismos estatales a quienes les atribuya esa función para determinada profesión, o mediante la delegación de la misma a entidades de naturaleza corporativa de origen asociativo, como lo son los colegios profesionales.

Los colegios profesionales (o también barras, asociaciones u otra denominación atinente) se constituyen ordinariamente con una doble finalidad: por un lado, una de naturaleza privada, consistente en la prestación de deter-

² Comité Económico y Social Europeo, Dictamen, “El papel y el futuro de las profesiones liberales en la sociedad civil europea de 2020”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Bruselas, 16 de julio de 2014, p. C 226/10.

minados servicios a sus afiliados y la defensa de los intereses corporativos para representar los intereses de sus miembros. En tal sentido, asumen la defensa de los espacios competenciales de la profesión; combatir el intruismo y las competencias desleales; promover y desarrollar la calidad de los servicios profesionales, la formación y la capacitación de sus miembros, así como la cooperación y asistencia mutuas.

Por otra parte, desarrollan otros fines públicos y, por tanto, cualitativamente superiores, determinados por la necesidad de proteger a la colectividad que se ve afectada por el ejercicio profesional. Así, a los colegios se les asigna como norma la regulación y el control objetivo de las condiciones de ingreso en la profesión, la potestad disciplinaria sobre sus miembros, la organización de turnos de guardia o de oficio, el informe preceptivo y aun la resolución inicial en procedimientos administrativos (tasación de honorarios, visados de proyectos técnicos, designación de vocales en tribunales u órganos administrativos representativos, informes de proyectos de nuevas regulaciones que afecten a los temas de la profesión, etcétera);³ así como asegurar la calidad de los servicios, asesorar y colaborar en la elaboración de las normas estatales y garantizar, a través de la cooperación activa y continua y con las instituciones, la protección de los derechos de los ciudadanos.

Es precisamente el desempeño de estas competencias públicas lo que determina la consideración de los colegios profesionales como corporaciones de derecho público, sometida su actuación por tanto, en este contexto, al régimen jurídico administrativo. Los colegios representan el interés general en el ámbito del ejercicio profesional para garantizar que éste se realice cumpliendo los estándares de calidad y dentro del respeto a la legalidad.

La razón por las cuales se confía a este tipo de entidades el ejercicio de estas funciones públicas y no a la propia administración, radica en su composición; pues, el estar integradas por los propios profesionales las convierte en las más idóneas, auténticas y eficaces en la regulación de los mercados profesionales⁴ y los más fieles garantes de la observancia de conductas éticas. Es precisamente en este aspecto donde se encuentra la mayor fortaleza de los colegios profesionales y la justificación de sus potestades públicas.

³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 15a. ed., Pamplona, Aranzadi, 2011, t. I, p. 414.

⁴ Rosal, Rafael del, "El cañón del 36, un regalo del decano Pedrol a las profesiones", *Otrosí*, Madrid, núm. 12, 2016, p. 50.

En la relevante misión de diseñar y garantizar los deberes morales de las profesiones, los colegios profesionales —señala Ollero Tassara— más que disponerse a forjar un inmejorable profesional modelo, pretenden promover un modelo de profesional que respete mínimamente las expectativas depositadas por los ciudadanos en quienes desempeñan tal profesión —siempre relevante—. Por lógica, y conscientes de la inevitable escasez del profesional modelo, no dejarán de esgrimir cuando convenga sanciones disciplinarias para hacer factible tan laudable empeño.⁵

Este intento de diseñar los adecuados perfiles de una buena práctica profesional —apunta— deja traslucir la convicción de que no nos hallamos ante una cuestión meramente técnica, como si del mero visado de un proyecto se tratara. Nos acercamos, más bien, a una praxis rebotante de implícitas exigencias éticas... Con frecuencia las exigencias emergerán al filo de problemas novedosos, cuya consideración deontológica presupone un cercano conocimiento de la materia éticamente evaluada... No viene mal contar con este primario control de apariencia prejurídica, para evitar más de un destrozo por parte de un ordenamiento jurídico habitualmente poco propicio a la sutilidad.⁶

2. La cuestión de la colegiación obligatoria para el ejercicio profesional

El desempeño de las competencias de naturaleza pública reconocidas a los colegios profesionales en muchos países va unido de ordinario a la exigencia de adscripción obligatoria a quienes pretenden ejercer determinada profesión. Mientras que allí donde el ingreso es voluntario, las agrupaciones profesionales no desarrollan potestades públicas sino que funcionan bajo las reglas del derecho privado, al amparo del ejercicio del derecho de asociación, empleando incluso fórmulas asociativas propias de éste (asociaciones, sindicatos) y no precisamente la de “colegio”.

La exigencia de colegiación obligatoria ha sido un punto muy polémico y objeto de muchos desencuentros en el debate doctrinal y legislativo. Quienes la defienden, aducen como principal argumento la necesidad de preservar el interés público y los derechos de los ciudadanos a través del control de la

⁵ Ollero Tassara, Andrés, *Deontología jurídica...*, cit.

⁶ *Idem*.

práctica profesional y sus principios deontológicos.⁷ Cuando un profesional en libre ejercicio no se encuentra adscrito al Colegio, no puede imponérsele el respeto de las reglas deontológicas, con lo cual no es posible garantizar un servicio de calidad o salvaguardar la dignidad misma de la profesión en caso de que la conducta del profesional atente contra ella. “La presencia de la obligación de inscripción o de pertenencia obligatoria contribuye a permitir la identificación de los profesionales, cuya intervención se realiza dentro de ciertas garantías o ciertas ventajas...”⁸ Los que se oponen a tal exigencia alegan que deviene un atentado contra los derechos a la libertad de asociación y al libre ejercicio profesional.

Sin embargo, son numerosas las legislaciones que exigen la colegiación forzosa para el ejercicio de determinadas profesiones,⁹ atendiendo a cuestiones de interés público, avalado ello por buena parte de la jurisprudencia.

Por ejemplo, el Comité Económico y Social Europeo señala, en su “Dictamen sobre las profesiones liberales”, que el ejercicio de una profesión liberal implica la existencia de una relación de confianza especial entre el prestador del servicio y el cliente, el abandono del interés en obtener el máximo beneficio económico frente al interés del prestador por ofrecer un servicio óptimo y un compromiso de respeto estricto y preciso de la ética y las normas profesionales (2.7). Debido a la asimetría de información entre el proveedor del servicio y el cliente, éste debe confiar en que aquél no ex-

⁷ Cfr. Con referencia a la colegiación en la abogacía Lozano Guiu, Javier y Cremades Vegas, Eduardo, “La deontología es la clave de la alegría profesional. Entrevista a Nielson Sánchez Stewart”, *Abogados & Actualidad. Revista Aragonesa de Abogacía*, Zaragoza, núm. 5, 2010, p. 24; Cruz Barney, Óscar, “La colegiación como garantía de independencia de la profesión jurídica: la colegiación obligatoria de la abogacía en México”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 28, 2013, pp. 100 y 101; *id.*, “Ética, colegiación y certificación profesional”, en Betanzos Torres, Eber O. y González Delgado, Israel (coords.), *Ética jurídica*, México, Porrúa, 2012, p. 461; Rosal, Rafael del, “El cañón del 36...”, *cit.*, pp. 45-50.

⁸ Cfr. Pertek, Jacques, *Estudio comparativo sobre el papel de los colegios profesionales en la aplicación del derecho comunitario*, Luxemburgo, Parlamento Europeo, Dirección General de Estudios, 2003, p. 12.

⁹ A modo de ejemplo, el trabajo elaborado por la Comisión Jurídica y de Mercado Interior del Parlamento Europeo, Pertek, Jacques, *idem*, refleja que, por ejemplo, en el ámbito de la arquitectura, la adhesión a la organización profesional es obligatoria para la mitad de los Estados miembros. Salom Pairtes, Ania, *Los colegios profesionales*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 96 (nota 135). Véase una exposición sobre la colegiación obligada para la abogacía en el derecho comparado en Matamoras Amieva, Erik, *La colegiación obligatoria de los abogados en México*, México, UNAM, 2012, pp. 27-62.

plotará esa falta de información en su beneficio sino que le proporcionará el mejor servicio posible adaptado a sus necesidades, por tanto, la exigencia de unos requisitos técnicos mínimos y el cumplimiento de las normas éticas profesionales son los instrumentos más apropiados para proteger las expectativas legítimas de los clientes (2.11).

Al mismo tiempo considera que la autorregulación administrativa de las profesiones logra la libertad del ejercicio profesional y garantiza al mismo tiempo su vinculación con el bien común y, por lo tanto, beneficia a los clientes (7.3) y establece los límites a la práctica profesional de sus miembros (7.5) por lo que termina recomendando la colegiación obligatoria en los ordenamientos donde sea posible; intromisión en la libertad profesional que justifica en virtud de un interés público superior (7.6).¹⁰

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la paradigmática opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985,¹¹ —y que también sigue la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica,¹² Estado que formuló la consulta—; aun cuando declara que la exigencia de colegiatura obligatoria para el ejercicio del periodismo era incompatible con la Convención bajo el argumento de que, en el caso de esa profesión específica, tal exigencia conculcaba el derecho a la libertad de expresión y de información que a todas las personas garantizaba el artículo 13 de dicho tratado; reconocía, sin embargo, que este razonamiento no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina pues, a diferencia del periodismo, éstas no son actividades específicamente garantizadas por la Convención. Y matizaba:

La Corte interpreta que el alegato según el cual la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general y que ello justifica que se someta a dicho régimen también a los periodistas, implica la idea de que tal colegiación se basa en el orden público (pfo. 64).

...puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las

¹⁰ Comité Económico y Social Europeo, Dictamen, “El papel...”, *cit.*, pp. C 226/11-C 226/15.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

¹² Corte Suprema de Costa Rica, sala constitucional, voto 2313-95, disponible en: acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/2844.pdf?view=1.

instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. De ahí que los alegatos que sitúan la colegiación obligatoria como un medio para asegurar la responsabilidad y la ética profesionales y, además, como una garantía de la libertad e independencia de los periodistas frente a sus patronos, deben considerarse fundamentados en la idea de que dicha colegiación representa una exigencia del bien común (pfo. 66).

La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público... como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en ocasión del conflicto suscitado contra la Ley argentina 23. 187 de 25 de junio de 1985, que creó el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y dispuso la afiliación obligatoria para el ejercicio profesional, resolvió que la Ley no era violatoria del derecho de asociación recogido en el artículo 16 de la Convención Americana, en función de que el Colegio creado

reúne los requisitos y características de una típica entidad de derecho público que por su naturaleza jurídica y las atribuciones que la Ley le otorga, ejerce funciones delegadas del poder público para el control de la legalidad del ejercicio profesional de los abogados... compatible con el Estado de derecho y con la organización de una sociedad democrática...

Y remataba:

La Comisión entiende que la matriculación en el Colegio Público es una función pública y que, por razón de esta condición dicha función debe y tiene que ser de carácter obligatorio, puesto que de otra manera el Estado estaría —por la vía del Colegio— estableciendo para unos profesionales un requisito que no exigiría para otros y, por lo mismo, violaría entonces el derecho de igualdad ante la ley, no pudiendo además ejercer control sobre el ejercicio profesional del abogado. Se trata, pues, de la actividad propia de un ente público con carácter, derechos y obligaciones de las personas

jurídicas de derecho público que actúa en nombre y representación del Estado...

Las... normas con rasgos semejantes a las que pueden encontrarse en otros instrumentos constitutivos de asociaciones o agrupaciones privadas de profesionales o sindicatos... no desvirtúan la función eminentemente pública del Colegio sino que, por el contrario, la complementan o adicionan... y sin que ellas constriñan el fin principal del Colegio cual es el control de la profesión de abogado...¹³

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en sentencia de 23 de junio de 1981, en la que analizaba la vigencia del derecho de asociación recogido en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ante la exigencia de la legislación belga a la Orden de Médicos, razona en primer lugar que la Orden es una institución de derecho público, creada por la ley y no por los individuos, que persigue un objetivo de interés general cual es la protección de la salud, ejerciendo bajo la legislación pertinente una forma de control público sobre la práctica de la medicina, para lo cual realiza funciones de autoridad pública. En este contexto —apunta— la Orden no puede ser considerada una asociación en el sentido del artículo 11.1 del Convenio y su existencia y la obligación de los médicos de registrarse, no tiene el objeto ni el efecto de limitar o suprimir el derecho de asociación que dicho precepto regula, siempre y cuando no se impida a otros profesionales formar o incorporarse a otras asociaciones.¹⁴

En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia constitucional española, al señalar que los colegios profesionales

constituyen una típica especie de Corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión —que constituye un servicio al común— se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio...

¹³ Organización de Estados Americanos. Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988, disponible en: cidh.org/annualrep/87.88sp/Argentina9777b.htm.

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Judgement, Application 6878/75; 7238/75, *Le Compte van Leuven and de Meyere vs. Belgica*, 23 de junio de 1981.

Y que al cumplir estos fines específicos determinados por la profesión titulada, de indudable interés público, justifica innegablemente la opción deferida al legislador para configurarlos como lo hace y, por tanto, la colegiación obligatoria “no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva ni tampoco un obstáculo para la elección profesional”.¹⁵

En Francia, las sentencias de 26 de abril de 1983, de 16 de enero de 1985 y de 7 de noviembre de 1986 de la *Cour de Cassation*, consagraron la doctrina constitucional de la obligatoriedad de colegiación por desarrollar “una misión de servicio público concerniente a la organización, el funcionamiento, la deontología y la defensa de la profesión”. Lo mismo hizo el Tribunal Constitucional italiano por considerar que era necesaria “para asegurar el cumplimiento y la tutela de determinados fines públicos”.¹⁶

En la misma línea, la Suprema Corte de Justicia mexicana, respecto de los notarios, declara que “su colegiación obligatoria se encuentra excluida de la protección y salvaguarda del derecho de libre asociación previsto como garantía individual en el artículo 9o. constitucional al estar involucrado, por parte de sus integrantes, el ejercicio de una función pública”.¹⁷ Similar opinión le merece a la jurisprudencia constitucional dominicana, que entiende que

las normas imperativas de derecho público, que obligan a los individuos a asociarse en colegios profesionales es válida, y no puede considerarse contraria a la libertad de asociación... cuando los referidos colegios cumplen fines que trascienden el interés privado, por cuanto el Estado delega en estos fines que procuran el bien común, además tal colegiación obligatoria no impide asociarse a otro u otros gremios de abogados.¹⁸

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 89/1989 de 11 de mayo.

¹⁶ Fernández del Moral, Javier, “Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la información y la comunicación”, *Ciclo de Conferencias*, Madrid, Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 25.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia, México, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, octubre de 2005, p. 2422, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/176/176922.pdf>.

¹⁸ Tribunal Constitucional, República Dominicana, sentencia TC/0163/13, 16 de septiembre de 2013.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en los casos *Lathrop vs. Donohue*, 367 U.S. 820 (1961) y *Keller vs. State Bar of California*, 496 U.S. 1 (1990), determinó que la Barra de Abogados fue creada por la ley estatal para el cumplimiento de las funciones estatutarias que les asigna, y que la inscripción obligatoria y el pago de la correspondiente cuota, no eran incompatibles con la Decimocuarta Enmienda.¹⁹

El Tribunal Constitucional de Perú,²⁰ siguiendo a su similar de Colombia,²¹ sostiene que la determinación de la colegiación profesional obligatoria deberá realizarse sobre la base de los criterios de *riesgo social*, entendido éste como la posibilidad de afectar bienes de interés general y de la *especialización*, por el que habrá de tenerse en cuenta el grado de conocimientos que requiere el ejercicio de una determinada profesión. En la misma línea, el Tribunal Supremo Federal de Brasil ha sostenido que “a regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional”.²²

En Puerto Rico, el Tribunal Supremo, en su declaración de inconstitucionalidad de la Ley núm. 109-2014 —en la que opera un cambio de jurisprudencia respecto de casos anteriores conocidos como la “litigación Schneider—”²³ sostuvo que la cláusula constitucional puertorriqueña sobre

¹⁹ U.S. Supreme Court, (1) *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820, 19 de junio de 1961; (2) *Keller v. State Bar of California*, 496 U.S. 1, 4-6-1990.

²⁰ Tribunal Constitucional, Perú, sentencia del 20 de febrero de 2006, disponible en: tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00027-2005-AI.html.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-087/98, 18-3-1988, disponible en: corteconstitucional.gov.co.

²² Supremo Tribunal Federal, Brasil, sentencia, recurso extraordinario, Re 414426 SC, 1-8-2011, *Diário Eletrônico da Justiça Federal da*, 3a. Região, fecha de divulgación: 9 de septiembre de 2016.

²³ A partir de 1982, el Colegio de Abogados de Puerto Rico presentó querellas contra 99 letrados que incumplieron con el pago de la cuota anual que se había establecido conforme a la Ley núm. 43, *supra*. Los querellados alegaron, en síntesis, que la colegiación obligatoria y el pago de cuotas al Colegio eran inconstitucionales por infringir su derecho constitucional a la libre expresión y a la libertad de asociación. El Tribunal aceptó en ese momento la validez del requisito de colegiación obligatoria en Puerto Rico. En ponencia del juez presidente señor Trías Monge, se sostenía que “los intereses públicos en la creación de una sociedad vigorosamente pluralista, en el mejoramiento de la abogacía y en la buena marcha del sistema judicial pesan decididamente más que las inconveniencias personales que pueda acarrear en ciertos casos la colegiación obligatoria. El derecho a la no asociación... cede ante los intereses señalados, de naturaleza claramente imperiosa bajo la Constitución puertorriqueña”. Tribunal Supremo, Puerto Rico, sentencia CT-2014-

la libertad de asociarse, con fundamento en la Declaración Universal de Derechos Humanos, protege a las personas que no deseen pertenecer a una asociación. No obstante, el Tribunal admite que el derecho de no asociación puede limitarse si el legislador demuestra: a) “un interés apremiante que justifique la necesidad de su actuación”, y b) “que no tenía a su alcance medidas menos onerosas que la legislada para lograr el interés articulado”,²⁴ lo que no aconteció en el caso juzgado.

3. *La inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria en el Ecuador. La resolución 0038-2007 de 5 de marzo de 2008 del Tribunal Constitucional*

Antes de 2008, en Ecuador existían alrededor de 30 disposiciones legales que de alguna forma disponían la afiliación obligatoria para el ejercicio de alguna actividad profesional o comercial.²⁵ Es decir, prácticamente el ejer-

008,009 y 010, 16 de octubre de 2014, pp. 5 y 29, disponible en: <http://www.ramajudicial.pr/ts/2014/2014tspr122.pdf>.

²⁴ Sentencia CT-2014-008,009 y 010, 16 de octubre de 2014, p. 28.

²⁵ Ley de Cámaras de Comercio, R.O. 131, 7 de marzo de 1969; Decreto Supremo, núm. 995, R.O. 114, 26 de noviembre de 1963; Ley de Cámara de Industrias, R.O. 271, 22 de agosto de 1936; Ley de Centros Agrícolas, Cámaras de Agricultura y Asociaciones de Productores, R.O. (S), núm. 315, 16 de abril de 2004; Decreto Legislativo que Amplía Atribuciones a las Cámaras de Comercio, Industria y Agricultura, R.O. 346 del 22 de octubre de 1953; Ley de Fomento a la Pequeña Industria, R.O. 372, 20 de agosto de 1973; Ley de Federación de Abogados del Ecuador (Decreto Supremo, núm. 201), R.O. 507, 7 de marzo de 1974; Ley Reformatoria a la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, R.O. 91, 20 de junio de 1997; Ley de Ejercicio Profesional de Químicos, Bioquímicos y Farmacéuticos, publicada en el *Suplemento del Registro Oficial*, núm. 194, 19 de octubre de 2007; Ley de Cámaras Provinciales de Turismo y de su Federación Nacional, R.O. 689, 5 de mayo de 1995; Ley de Cámara de Minería del Ecuador, R.O. 132, 20 de febrero de 1989; Ley de Cámaras de la Construcción, R.O. 4, 5 de septiembre de 1968; Ley de Compañías, R.O. 312, 5 de noviembre de 1999; Resolución de la Superintendencia de Compañías, núm. 99.1.1.3.0012, R.O. 316, 11 de noviembre de 1999; Ley de Contadores, R.O. 157, 10 de noviembre de 1966; artículo 19, literal j) de la Ley Notarial, R.O. 158, 11 de noviembre de 1966; Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería, R.O. 709, 26 de diciembre de 1974; Ley de Ejercicio Profesional del Periodista, R.O. 900, 30 de septiembre de 1975; Ley de Federación de Obstetras del Ecuador, R.O. 160, 15 de noviembre de 1966; Ley de la Federación Médica Ecuatoriana, R.O. 876, 17 de julio de 1979; Ley de Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos, R.O. 892, 9 de agosto de 1979; artículo 60. de la Ley de Ejercicio Profesional de Tecnólogos Médicos, R.O. (S) 643, 28 de febrero de 1995; Ley Orgánica de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable

cicio de cualquier profesión o actividad económica, con independencia de la mayor o menor incidencia que tuviera sobre los derechos fundamentales de las personas, estaba sometida al control de una corporación gremial de adscripción forzosa, con la correlativa obligación del pago de las correspondientes cuotas. Contra algunas de ellas, antes de ese año, se promovieron acciones de inconstitucionalidad, con el mismo motivo —vulneración del derecho de asociación—, pero con resultados contradictorios.

Así, la resolución núm. 111-96-CP, de 25 de julio de 2000, declaró inconstitucionales las disposiciones de Ley del Ejercicio Profesional de la Arquitectura (artículos 24 y 36) que exigían la inscripción obligatoria para ejercer la profesión de arquitecto, entendiendo que:

es inaceptable que una persona una vez, que ha sido calificada idónea para ejercer una profesión, justamente por las instituciones de educación superior que la Constitución y las leyes determina, tenga la obligación de inscribirse en el seno de una persona de derecho privado y afiliarse a ella... [y que] cuando los artículos 24 y 36 de la Ley exigen que el profesional arquitecto debe inscribirse y afiliarse para poder ejercer la profesión en todo el país, quebrantan la garantía... relativa al derecho de asociación cuyo ejercicio debe ser libre y no impuesto.²⁶

En sentido contrario, la resolución núm. 180-2000-TP, de 25 de octubre de 2000, desestima la demanda contra las normas de la Ley de Federación de Abogados y de la Ley Orgánica de la Función Legislativa atinentes a la obligatoriedad de inscribirse en un Colegio Profesional. En esta ocasión, el tribunal se valió del siguiente razonamiento:

...en el ejercicio profesional se exige la estricta observancia de normas de ética, tanto por la índole de la actividad que realizan los abogados, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren de sus

de la Provincia de Galápagos, R.O. 278, 18 de marzo de 1998; Ley de Defensa Profesional de Economistas, R.O. 363, 17 de julio de 1998; Ley de Ejercicio Profesional de los Arquitectos, R.O. 708, 24 de diciembre de 1974; Ley del Artesano, R.O. 71, 23 de mayo de 1997; Ley de Ejercicio Profesional de los Trabajadores Sociales, R.O. 811, 11 de abril de 1979; Ley de Federación de Veterinarios del Ecuador, R.O. 43, 31 de octubre de 1968; Ley de Defensa Profesional de Artistas, R.O. 798, 23 de marzo de 1979; Ley de Federación Odontológica Ecuatoriana, R.O. 379, 29 de agosto de 1973; Ley de Espectáculos Taurinos y Ejercicio Profesional de Toreros Nacionales, R.O. 664, 5 de septiembre de 1978.

²⁶ R.O. 1003, 5 de agosto de 1996.

servicios; por ser estos aspectos cuestiones de interés público es que la autoridad estatal delega en los colegios profesionales la potestad de vigilar, incluso con sanciones disciplinarias, el correcto ejercicio de la profesión; pues la sociedad tiene derecho, en aras de proteger el bien común, de regular el ejercicio de las profesiones. Es con este fundamento que se expiden las leyes pertinentes... de acuerdo con la doctrina constitucional contemporánea, la ley puede imponer requisitos para el ejercicio de los derechos ya sea por razones de orden público o en salvaguarda de los derechos de terceros... la obligación de colegiarse para ejercer la abogacía al ser un requisito legal, con las finalidades arriba señaladas, no afecte [*sic*] en este caso la libertad de asociación...²⁷

El 13 de octubre de 2007, el presidente Rafael Correa presentó ante el entonces Tribunal Constitucional (TC), una demanda masiva contra la práctica totalidad de las normas en las que se determinaba la asociación forzosa, alegando que con ellas se vulneraba las libertades de empresa y asociación consagradas en los numerales 16 y 19 del artículo 23 constitucional. La pretensión fue resuelta favorablemente mediante la resolución núm. 0038-2007-TC de 5 de marzo de 2008, ampliada por la resolución de 29 de abril del mismo año. Con posterioridad, se publicaron otras decisiones que resolvieron la inconstitucionalidad de otras disposiciones normativas de contenido similar, que no fueron incluidas en dicho proceso.²⁸

El argumento sostenido por el TC para comprobar la inconstitucionalidad de las citadas disposiciones, se resume en que todas ellas contienen una “carga impositiva” con la que atentan contra las libertades de empresa, asociación e igualdad ante la ley; que “el pleno ejercicio de la libertad, para elegir voluntariamente su ingreso a las diversas cámaras o a los colegios profesionales, es una potestad que debe ser respetada como una expresión de la facultad que le otorga este principio...” y

al obligar a las personas naturales o jurídicas de derecho privado a pertenecer o afiliarse a determinada agrupación, coarta la expresión de voluntad de las personas, impiden que éstas escojan a cuál de ellas desea incorporarse; o

²⁷ R.O. 194, 30 de octubre de 2000.

²⁸ Resolución, núm. 0033-07-TC, 24 de septiembre de 2008 del TC y sentencia 0003-10-SIN-CC, de la Corte Constitucional, 8 de abril de 2010, que declaran inconstitucionales los artículos 4a), 8, 9 22 y 23 de la Ley de Espectáculos Taurinos y Ejercicio Profesional de Toreros Nacionales y IV.201 del Código Municipal de 1997.

simplemente, el deseo de mantenerse al margen; desde lo más sencillo como puede ser un comité barrial, un club social o deportivo, pasando por el grupo de profesionales u organismo internacional.²⁹

El fallo del órgano jurisdiccional estuvo motivado por razones políticas más que jurídicas, lo que queda evidenciado tanto por la condición de la parte actora (el presidente de la República y no algún perjudicado directo por la aplicación de la norma), como fundamentalmente por el razonamiento del Tribunal:

Las directivas de estos gremios —decía— alegan tener una larga tradición, de haber sido conformadas hace varias décadas, no obstante, es un hecho público que nunca se preocuparon, en la mayoría de los casos, en reformar sus estatutos, en tratar de mantener una vinculación más efectiva e inmediata con la colectividad, en rendir cuentas de sus actos. El investigador Enrique Vivanco Riofrío, en un interesante artículo titulado «LIBERTAD DE ASOCIACIÓN, AHORA» señaló que: “Es lamentable, pero es la verdad, la obligatoriedad de contribución económica y asociación hace que los miembros se limiten únicamente a entregar su dinero sin preocuparse de quien los represente, lo que ha traído como consecuencia que quienes ostentan la representación legal de los gremios no tienen la fuerza moral de una elección con la intervención activa de todos los asociados, contribuyendo esto a que en múltiples ocasiones se formen verdaderos grupos que se perennizan en las directivas de las asociaciones mediante sistema de elección y reelección que tienden a beneficiar más los intereses personales y particulares que los de los asociados”.

De manera que, permitir la existencia de este tipo de agrupaciones es deber del Estado, pero al mismo tiempo, es su obligación evitar que éstas conminen a profesionales, comerciantes, industriales, artesanos, artistas a formar parte de las mismas, incluso bajo la amenaza de sanciones. En el Ecuador se ha institucionalizado, lamentablemente, el abuso categórico de términos cuyos verdaderos sentidos son distorsionados por los clásicos grupos de poder. Así, escuchamos pontificar sobre libertad a quienes nunca han creído en su esencia misma. Hoy, quienes invocan la desobediencia

²⁹ Res. 0038-2007, 5 de marzo de 2008 R.O., núm. 336, 14-5-2008. En la misma línea, la sentencia 006-10-SIN-CC, de la Corte Constitucional, del 10 de junio de 2010, sostiene que “La Constitución de la República garantiza el derecho de las personas a asociarse libre y voluntariamente, es decir, no puede haber agremiación por la sola imposición de una ley”.

civil son los mismos que antes, desde las directivas de estas agrupaciones clamaban para que se respete el *status quo* imperante. Escuchamos hablar de unidad en la diversidad a quienes, utilizando estos canales, impulsan la división nacional. Desde su particular punto de vista, la democracia es real, únicamente cuando ellos detentan el poder, y la Constitución se debe aplicar siempre y cuando no afecte sus privilegios... (Cons. 7ma).

La inconstitucional obligación de que las personas naturales y jurídicas, sean miembros de asociaciones gremiales, ha asegurado el aporte financiero, muchas veces muy importante, sin que necesariamente haya existido la contraprestación de los respectivos servicios al afiliado por parte de las asociaciones que inclusive en los casos que no generen beneficios para sus afiliados, tienen sin embargo asegurados estos ingresos... (Cons. 13ra).

El explícito cariz político utilizado en la *ratio decidendi* contrasta, sin embargo, con el escaso rigor técnico y metodológico del fallo. El Tribunal utiliza el mismo razonamiento para negar la posibilidad de adscripción forzosa, lo mismo cuando se trata del ejercicio de una profesión de las que afectan a bienes o derechos trascendentales como la vida, la libertad o la salud, que de cualquier oficio o actividad empresarial o comercial, donde la asociación persigue fundamentalmente la defensa de los intereses económicos privados; sin detenerse a valorar la sustancial diferencia entre cada una de estas agrupaciones y la posible justificación o no de la adscripción obligatoria en función de la necesidad de control del riesgo que para la comunidad el ejercicio de estas actividades comporta.

Se imponía analizar que, a las cámaras de comercio, por ejemplo, o en general las asociaciones empresariales, se les atribuyen primordialmente la función de defensa de los intereses económicos (privados) de quienes se dedican a tales actividades, o determinados fines públicos cuya consecución no está necesariamente ligada a la idea de la agrupación colectiva.³⁰ Por otra parte, algunas actividades meramente mercantiles, por muy torpemente que sean realizadas por el empresario, no generan un riesgo para la colectividad de tal naturaleza que exijan determinados conocimientos especializados

³⁰ Véase al respecto el artículo 4o. de la Ley de Cámaras de Comercio: “Artículo 4o. A las Cámaras de Comercio corresponde: a) propender al desarrollo del comercio nacional en sus relaciones internas y externas; b) procurar el estricto cumplimiento de los contratos y obligaciones en que intervengan sus afiliados; c) cooperar con el gobierno en el estudio de los problemas socio-económicos....; e) representar los intereses generales o sectoriales del comercio ante organismos públicos o particulares e intervenir a fin de conciliar los intereses entre diversas ramas de la actividad mercantil”.

que deban acreditarse mediante la posesión de un título habilitante, ni un control exhaustivo de la *praxis* con que se ejecuta.

En esa línea, la inconstitucionalidad de la adscripción obligatoria podría derivar, si fuera el caso, de que ella no es absolutamente indispensable para la consecución de la finalidad que ha previsto el legislador y no se justificaría, por tanto, la limitación del derecho fundamental de libertad de empresa ni a la asociativa en su vertiente negativa, imponiendo la agremiación forzosa para realizar actividades de comercio.

En los colegios profesionales, por el contrario, no es el interés privado de asociarse el fin último de su existencia. Ciertamente, con ellos se intentan defender los intereses de grupos privados y sectoriales, como los de los practicantes de la profesión; pero la constitución y naturaleza de ente público vienen determinadas por la necesidad de proteger el interés general ante el ejercicio de determinadas actividades profesionales que comportan un mayor riesgo de lesión a bienes jurídicos relevantes para las personas, de manera que aquéllos constituyen ante todo, una garantía de los destinatarios del ejercicio profesional antes que de sus titulares. En esas consideraciones, es perfectamente admisible una excepcional restricción a la libertad de asociación mediante la integración forzosa a determinadas agrupaciones creadas por el legislador a esos fines.

El principio general de la libertad individual en el que se fundan las Constituciones democráticas y que se traduce, entre otras cosas, en la decisión autónoma de los individuos de agruparse o no hacerlo para la consecución de determinados intereses propios, no excluye la intervención del poder público en este ámbito, para la protección de otros fines que se consideren de interés general. Esta intervención en la esfera de libertad individual y especialmente la que supone la integración forzosa en alguna corporación “asociativa”, deberá en cada caso estar plenamente justificada “tanto por la relevancia del fin público que se persigue como por la imposibilidad, o al menos dificultad de obtener tal fin, sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo”.³¹

De lo que resulta que la adscripción obligatoria a una entidad corporativa: a) no puede ir acompañada de una prohibición o impedimento de asociarse libremente, es decir de formar otras asociaciones similares de carácter privado; b), no puede ser convertida en la regla, sino que ha de tener carácter

³¹ Tribunal Constitucional, España, sentencia núm. 132, 18 de julio de 1989, *Boletín Oficial Europeo*, núm. 190, 19 de agosto de 1989, p. 15.

excepcional, de lo que deriva c) la necesidad de encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, o en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a dicha figura.³²

En cualquier caso, la elección de la forma en que ha de procurarse la defensa del interés general frente al desarrollo de determinadas actividades por ciertos sectores sociales, así como su eventual corrección en caso de que puedan resultar poco eficaces o disfuncionales, corresponde a la libertad conformadora del legislador. La compatibilidad constitucional de las limitaciones que aquél imponga a los derechos fundamentales —y aquí concretamente el referido a la libertad de asociación— deberá evaluarla el tribunal caso por caso para comprobar en cuáles pueda estar justificado y en cuáles no. Pero no es admisible que se pueda anular o restringir esa libertad conformadora del legislador mediante la absolutización de la libertad individual —obligándole incluso a buscar otros mecanismos (puramente administrativos) que puedan resultar mucho menos eficaces o insuficientes para salvaguardar el interés general—, con argumentos con muy poca solidez técnica.

Otro importante desacierto del Tribunal en la argumentación que determina el resultado final del fallo, es haber soslayado los abundantes criterios doctrinales y jurisprudenciales —algunos de su propia autoría— sobre la distinción entre asociaciones *de derecho privado* y corporaciones *de derecho público de base asociativa*; la cual ha constituido, en la mayoría de los países, el soporte para confirmar la compatibilidad entre la colegiación obligatoria y el derecho de asociación, al descartar la incardinación de estas últimas en la cobertura de este derecho.

Las varias citas de doctrina de la resolución se limitan a reproducir conceptos generales sobre derechos fundamentales o Estado de derecho (Ferrajoli, Peces-Barba, Dromi) o definir el contenido básico de algunos de ellos (Nino, Díez Picazo), mas no para sostener la tesis de la no conciliación entre adscripción forzosa y derecho de asociación, pues en ninguna de ellas se hace alusión alguna a ese particular. Ese soslayo —quizás intencional—, lleva al TC a incurrir en graves errores conceptuales y calificar como “asociaciones de derecho privado (Cons. 14a.)” las que, hasta ese momento,

³² Tribunal Constitucional, España, sentencia núm. 113. 14 de abril de 1994, *Boletín Oficial Europeo*, núm. 117, 17 de mayo de 1994, p. 56

por su naturaleza, eran agrupaciones de derecho público, haya estado o no justificada la atribución de tal condición por el legislador.

Como señalan de E. García de Enterría y T. R. Fernández,³³ las corporaciones públicas, a diferencia de las privadas que tienen su origen en un pacto asociativo de carácter privado, aquéllas son creadas, o bien directamente por la ley, caso por caso, o bien por resolución administrativa que opera en el cuadro de una ley reguladora de géneros corporativos concretos; la eventual iniciativa previa de sus futuros miembros que la ley pudiera exigir para la organización y funcionamiento de la corporación, no es propiamente un pacto asociativo privado, puesto que no alcanza a configurar el fin específico y las funciones a desarrollar por la corporación, que están fijadas previamente por la legislación.

El ordenamiento —sostienen— configura más o menos agotadoramente su constitución; integra en ellas coactivamente a quienes van a ser sus miembros al considerar, por razones de carácter objetivo que hay un interés público en la existencia de un sistema de corporaciones configuradas legalmente y sustraídas, por ello mismo, al principio de libertad de formación y organización que resulta del principio asociativo puro.³⁴

De esa naturaleza jurídica participaban las asociaciones involucradas en el proceso constitucional que nos ocupa. Se trata de entes cuyo origen jurídico no se situaba en la libre decisión de sus integrantes a través de un *pactum associationis* privado, para la consecución de los fines por ellos escogidos, sino que fueron producto de una decisión del poder público, en función de la persecución de intereses generales también definidos por el propio legislador (aunque ello no excluye necesariamente aquellos otros propios de los asociados).

Aunque ciertamente haya en el origen de estas agrupaciones una base asociativa (pues las relaciones entre sus miembros no son de carácter administrativo); ello no las hace “asociaciones”, en el sentido técnico estricto del término; por cuanto no suponen un pacto originario libre de sus integrantes para la satisfacción de fines también libremente definidos por ellos. Ello así, mal podrían subsumirse, como entiende la resolución, en el derecho proclamado ex artículo 23, numeral 19 de la Constitución entonces vigente.

Claro que ello no significa que, al momento de configurar las corporaciones públicas, existan limitaciones al legislador derivadas precisamente

³³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., *Curso de...*, cit., pp. 410-412.

³⁴ *Ibidem*, p. 412.

de la libertad de asociación; pues, como ya hemos apuntado, éste habrá de justificar en cada caso que para la consecución de la finalidad pública que persigue, no existe otra alternativa que la restricción o limitación de esa libertad fundamental mediante la imposición de la adscripción obligatoria. Pero ese es otro punto, que no formó parte del razonamiento de la sentencia.

Por el contrario, siguiendo su línea argumentativa, el Tribunal realiza una interpretación torcida, sobre la base de citas inexactas, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana contenida en la ya aludida opinión consultiva OC 5-85 de 13 de noviembre de 1985, dándole un contenido y alcance totalmente a contrario a sus planteamientos. Según el TC:

La Corte Interamericana, considerando, entre otras cosas, *que se violaba la libertad de asociarse al obligar por ley a los individuos a hacerlo*, por consiguiente, [sic] por unanimidad, resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas era incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre esta afirmación hay que decir que, en primer lugar, en la decisión de la CoIDH no se sostiene por ninguna parte que la colegiación obligatoria *per se* atenta contra la libertad de asociación, y mucho menos en esos términos tan generales, como afirman los jueces constitucionales. Según dimos cuenta en las páginas anteriores, el fundamento de la Corte para declarar la contradicción con la Convención de la exigencia de colegiatura forzosa para el ejercicio del periodismo, residía en la vulneración del derecho a *libertad de expresión* de quienes no tuviesen la calificación para el ejercicio del periodismo (que es el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención) y no el de *asociación* como plantea el TC, al cual, por, cierto la CoIDH no alude en su resolución.

Por otra parte, se omite intencionalmente todo el razonamiento que hace el organismo interamericano sobre la compatibilidad con la Convención de las exigencias de colegiatura obligatoria para determinadas profesiones en función de salvaguardar el interés público —a los que también aludimos anteriormente— y que desmontaría todo el argumento del fallo constitucional.

Lo mismo puede decirse de las referencias que hace la sentencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de la Declaración Universal como del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Cons. 9na), de los que invoca únicamente el reconocimiento que hacen de la libertad de asociación tanto en su dimensión positiva como negativa

(artículos 20.2³⁵ y 22.1³⁶ respectivamente); soslayando el hecho de que tales derechos (como la inmensa mayoría) no se configuran con carácter absoluto y que los propios instrumentos reconocen la posibilidad de establecer los límites a su ejercicio en función de salvaguardar el orden público o el interés general.³⁷

El derecho de asociación, como reconoce ampliamente la jurisprudencia, opera de manera diferente cuando se trata de asociaciones de naturaleza privada que en las de carácter público. En la asociación privada existe plena conciliación entre las dos manifestaciones del derecho de asociación: la positiva (libertad de asociarse) y la negativa (libertad de no asociarse). Frente a las asociaciones de carácter privado opera plenamente el derecho a no asociarse, en el sentido recogido en el artículo 20.2 de la Declaración Universal, pues no cabe obligar a nadie a pertenecer a ninguna agrupación que representa fines meramente privados. Pero en las corporaciones de naturaleza pública, creadas y configuradas por la ley, la necesidad de preservar un interés general cualitativamente superior al meramente privado puede conllevar a imponer límites a la libertad de no asociarse mediante la exigencia de afiliación obligatoria, que se produce como consecuencia de la elección de una actividad profesional.

Para apartarse de los razonamientos que en este mismo sentido hiciera el propio TC ocho años atrás, en la desestimación de la demanda contra la Ley de Federación de Abogados, se afirma:

...es necesario precisar que, si bien es verdad en virtud del principio *stare decisis*, las magistraturas en principio deben someterse a sus propios fallos...

³⁵ “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

³⁶ “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”.

³⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 29. 2: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 22.2: “El ejercicio de tal [de asociación] 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...”.

ese sometimiento, bajo ningún concepto, puede prolongarse indefinidamente; ya que no debemos olvidar que el Tribunal Constitucional está para resguardar la integridad de la Constitución, no para sostener sus propios fallos, peor para reiterar errores, lo cual es doblemente censurable, o volver a incurrir en ellos conscientemente... en aquél se restringió el análisis constitucional, no fue lo suficientemente motivado; de ahí que, rever un fallo de estas características le está perfectamente atribuido a un Tribunal de la jerarquía del Constitucional.

En cualquier caso este último fallo no estuvo mejor motivado, pues el tribunal ni siquiera se molestó en refutar las alegaciones que en su momento hicieron a esa instancia decidir en sentido contrario al que ahora lo hace; es decir, no consideró siquiera hacer una contestación directa a los argumentos de la sentencia anterior, exponiendo las razones de fondo por las cuales decidieron apartarse de esa línea jurisprudencial.

4. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre el control de la deontología profesional

Planteada la cuestión en los términos de la resolución del TC, no cabe dudar entonces de los evidentes efectos negativos que ella ha producido sobre el control de la deontología profesional. La sentencia subvierte la naturaleza jurídica de los colegios profesionales al negarles su carácter de instituciones de derecho público y, consecuentemente, equiparlos a las asociaciones de naturaleza privada; con lo cual les imposibilita el ejercicio de las competencias públicas que le reconociera la ley en materia de disciplina deontológica.

El control deontológico que ha quedado en manos de los colegios profesionales, producto de la sentencia es precario y en extremo limitado. La primera limitación radica en la imposibilidad de que puedan suspender a un afiliado del ejercicio de la profesión o menos aún privarle del mismo. Sólo podrían suspenderle de sus derechos como colegiado o retirarle la membresía; lo cual resultaría irrisorio frente a comportamientos que en ocasiones pueden resultar muy nocivos para la sociedad, que tendrá que continuar lidiando con un profesional con absoluta carencia de escrúpulos o probadamente incompetente, según el juicio de sus iguales.

La segunda limitación deriva del restringido ámbito de acción de los colegios, que alcanza nada más al control de sus afiliados. Así, cualquier

violación de los principios éticos en que incurra un profesional no colegiado no podrá ser sancionada, por muy detestable que pueda ser. A cualquiera de ellos que haya decidido obrar al margen de cualquier prescripción ética y no quiera ser por ello importunado, le bastaría con no colegiarse.

Así las cosas, el control sobre el ejercicio profesional de quienes realizan su actividad en forma liberal se circunscribe al ámbito de las normas legales, administrativas o contractuales que imponen determinadas obligaciones en el contexto de relaciones específicas y que, siendo estrictamente jurídicas, pueden coincidir de manera parcial con las de carácter deontológico, pero no alcanza al universo de las conductas previstas en los códigos de ética, dirigidas a asegurar un ejercicio profesional honorable y responsable, que sobreponga el interés general a los particulares de los profesionistas.

Un buen ejemplo de ello es el caso de la abogacía. Con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, el control sobre el ejercicio profesional que antes estaba atribuido a los colegios profesionales creados en virtud de la Ley de Federación de Abogados, se encomendó al Consejo de la Judicatura, órgano de gobierno de la función judicial, respecto de los abogados que patrocinan causas judiciales.

Decimos parcialmente porque el Código exige la inscripción obligatoria al foro (artículo 324.3) y establece una serie de deberes (artículo 330) y prohibiciones de conducta (artículo 335) y sanciones (artículo 337) a los abogados patrocinadores, vinculadas todas a la actuación procesal.

Fuera de estos casos, es decir, en la actuación del abogado en libre ejercicio en ámbitos distintos al proceso judicial y salvo, claro está, de la respuesta a aquellas conductas con relevancia penal o que constituyan un ilícito civil, las conductas violatorias de la deontología de quienes no se hallen afiliados a ningún colegio profesional y por tanto sujetos al control que sobre su actividad éste pueda realizar quedan, sencillamente, sin ningún tipo de corrección. No se puede proteger al cliente ante el cobro de honorarios excesivos, o ante la falta de lealtad por incurrir el abogado en un conflicto de intereses; o al resto de los compañeros de profesión ante comportamientos inapropiados que menoscaben el respeto y la consideración que deben guardarse entre ellos.

5. *Notas conclusivas*

Sin bien puede sostenerse que la mayoría de los profesionales que ejercen su actividad de manera libre e independiente lo hace con respeto a las normas deontológicas, también existen algunos que actúan de forma irresponsable, incurriendo en comportamientos moralmente reprobables, que quebrantan todos o al menos buena parte de los principios éticos de su profesión y que quedan al margen de todo control institucional.

Frente al panorama actual de inseguridad y desprotección que produce la ausencia de control de la deontología profesional a quienes realizan su actividad en forma liberal, no queda sino llamar la atención sobre la insoslayable necesidad de que el Estado adopte los mecanismos adecuados para revertir esta situación, en cumplimiento de su deber primordial garantizar el bien común y la protección del orden público.

La solución defendida pasa por una rectificación de la jurisprudencia constitucional vigente y devolver a los colegios profesionales, mediante la afiliación obligatoria, la capacidad de tutelar los intereses públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones tituladas en función de los cuales se constituyeron y se les atribuyeron las competencias públicas. En otro caso, tendrá que corresponder entonces a las instituciones estatales desempeñar directamente dicha tutela por medio de normas disciplinarias o contravencionales del ordenamiento jurídico (lo cual dejaría de ser propiamente un control deontológico); ya que, sin lugar a dudas, resulta un imperativo del bien común evitar, mediante la adecuada vigilancia y control del cumplimiento de las reglas deontológicas, que el ejercicio torpe, abusivo o inadecuado de una profesión produzca efectos nocivos sobre la sociedad.

Las transgresiones a la deontología profesional no deben quedar en ningún caso impunes, o ser castigadas sólo con sanciones morales difusas, que no garantizan su no repetición, pues estas conductas transgresoras ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos como los derechos fundamentales, la seguridad o el honor de las personas, cuya protección corresponde inexcusablemente al Estado.

III. BIBLIOGRAFÍA

- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, “El papel y el futuro de las profesiones liberales en la sociedad civil europea de 2020”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Bruselas, 16 de julio de 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-5/85*, 13 de noviembre de 1985, disponible en: corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.
- CORTE SUPREMA, SALA CONSTITUCIONAL, Costa Rica, voto 2313-95, disponible en: acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/2844.pdf?view=1.
- CRUZ BARNEY, Óscar, “La colegiación como garantía de independencia de la profesión jurídica: la colegiación obligatoria de la abogacía en México”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 28, 2013.
- CRUZ BARNEY, Óscar, “Ética, colegiación y certificación profesional”, en BETANZOS TORRES, Eber O. y GONZÁLEZ DELGADO, Israel (coords.), *Ética jurídica*, México, Porrúa, 2012.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL, Javier, “Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la información y la comunicación”, *Ciclo de Conferencias*, Madrid, Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 15a. ed., Pamplona, Aranzadi, 2011, t. I.
- LOZANO GUIU, Javier y CREMADES VEGAS, Eduardo, “La deontología es la clave de la alegría profesional. Entrevista a Nielson Sánchez Stewart”, *Abogados & Actualidad. Revista Aragonesa de Abogacía*, núm. 5, 2010.
- MATAMOROS AMIEVA, Erik, *La colegiación obligatoria de los abogados en México*, México, UNAM, 2012.
- OLLERO TASSARA, Andrés, “Deontología jurídica y derecho”, *Thèmes, Revue de la B.P.C.*, IV, 2002, disponible en: philosophiedudroit.org/oller,%20deontologia.htm.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Informe Anual*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1987-1988.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Nueva York, 1948.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Resolución 2200 A (XXI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 1966.

PERTEK, Jacques, *Estudio comparativo sobre el papel de los colegios profesionales en la aplicación del derecho comunitario*, Luxemburgo, Parlamento Europeo, Dirección General de Estudios, 2003.

ROSAL, Rafael del, “El cañón del 36, un regalo del decano Pedrol a las profesiones”, *Otrosí*, núm. 12, 2016.

SALOM PAIRTES, Ania, *Los colegios profesionales*, Barcelona, Atelier, 2007.

C

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2017.

Fecha de dictamen: 8 de agosto de 2017.