

REGULACIÓN DE LAS PROFESIONES: ¿ESTADO O MERCADO?

El entorno normativo para el diseño y ejecución de una política pública de las profesiones en Chile.

José León*
Carlos Peña**

* Vicerrector Académico de la Universidad Diego Portales

** Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales

RESUMEN

El artículo analiza la conveniencia de fortalecer el marco regulatorio y las políticas públicas en el ámbito de las relaciones que se producen entre los ciudadanos y los profesionales egresados de las instituciones de educación superior oficialmente reconocidas. En el mercado del trabajo y del ejercicio profesional los ciudadanos se ven afectados por asimetrías de información acerca de la idoneidad de quienes poseen un determinado grado o título universitario. Esta situación se ha ido acentuando por el aumento de las instituciones de educación superior, de la matrícula en este nivel de enseñanza, de las carreras que se imparten y, en fin, por el estatuto de plena autonomía de dichas entidades. La revisión del marco legal chileno y comparado parece indicar que es posible fortalecer la acción pública respecto a la regulación de las profesiones.

ABSTRACT

This paper analyzes the suitability of strengthening the regulatory framework and public policies in the setting of the relations between citizens and professionals who graduate from officially recognized higher education centers. In the labor market and in exercising their profession, citizens themselves are affected by asymmetries in information about the ideal skills required by individuals who hold a given degree or university title. This situation has been intensified by the increasing number of higher education centers, rising enrolment figures at this level of education, the variety of degrees offered and, ultimately, the statute of total autonomy granted to these organizations. A review of the Chilean legal framework and a comparison with others appears to indicate that State action can be enhanced in terms of regulating the supply of professional degrees.

REGULACIÓN DE LAS PROFESIONES: ¿ESTADO O MERCADO?

El entorno normativo para el diseño y ejecución de una política pública de las profesiones en Chile.

Se denominan profesiones, según es bien sabido, a un conjunto de roles que, en el marco de la división del trabajo, las sociedades asignan a quienes poseen determinadas competencias o destrezas. Hay profundas razones de bienestar social que explican, y a la vez justifican, el surgimiento de las profesiones. A las ventajas naturales de la especialización, se suman los ahorros en costos de transacción que, para el mercado, supone la existencia de profesiones identificables, asociadas con claridad a un conjunto de competencias motoras e intelectivas. En un mundo sin profesiones, cada consumidor debería averiguar por sí mismo quiénes poseen las competencias del caso y la sociedad corregiría los errores muy en el largo plazo. La profesión funciona, desde el punto de vista del mercado, como una “marca” que evita la búsqueda de información y que disminuye las incertidumbres.

Históricamente, desde antes de que el Estado alcanzara los grados de racionalización que comienza a adquirir en el siglo XVI, las profesiones se autorregularon. Los miembros de la profesión certificaban quiénes poseían las competencias esperadas, tutelaban la vigencia de un conjunto de valores compartidos y, por esa vía, establecían barreras de entrada al mercado. Este sistema -luego de un *interregno* marcado por el desprecio a la sociedad civil que fue propio de la Revolución francesa- renació con el moderno “Estado de bienestar” y con las diversas versiones que ese tipo de Estado asumió en América Latina. En este modelo, la regulación profesional se entregó a colegios profesionales: los colegios agrupan a quienes conocen la *lex artis* del caso y el Estado supone que son ellos quienes pueden acreditar de mejor manera a los nuevos miembros.

Tradicionalmente, mientras el sistema universitario confería certificados, los colegios regulaban la entrada al mercado de servicios por la vía de presionar sobre el sistema universitario; por la vía del

control de precios (mediante la fijación de aranceles) o por la vía -menos usada- del control ético del comportamiento de sus miembros. En Chile, hasta los años ochentas, los colegios profesionales cumplieron un papel regulador de las profesiones en las tres modalidades indicadas: incidían, como grupo de presión, sobre el sistema universitario para regular la oferta de carreras; otorgaban la habilitación para el ejercicio profesional y supervisaban dicho ejercicio.

La legislación relativa al sistema de educación superior en Chile, dictada en los años ochenta, modificó la precedente situación. Si bien es difícil elucidar el diseño que le subyace, puede afirmarse, en general, que esa legislación persiguió los siguientes objetivos: en primer lugar, intentó favorecer la inversión privada en educación superior, permitiendo la creación de universidades privadas; en segundo lugar, intentó hacer más heterogéneo el sistema, favoreciendo la creación de instituciones de educación superior no universitarias -como institutos profesionales y centros de formación técnica- y, en tercer lugar, creó condiciones para quitar poder monopólico de mercado a las asociaciones profesionales.

Ahora bien, al privarse a los colegios profesionales del control de las profesiones se hizo necesario diseñar un sistema que cumpliera las funciones formales e informales de regulación que, hasta esa fecha, cumplía, por una parte, un sistema de educación superior dependiente del Estado y, por otra, los propios colegios. El sistema ideado consistió en trasladar a las universidades y otras instituciones de educación superior la certificación profesional (o técnica, según el caso). El Estado, por su parte, mantuvo la posibilidad de otorgar el reconocimiento oficial a las universidades e instituciones de educación superior, en su conjunto. Finalmente, la supervisión ética del ejercicio profesional fue delegada a los Tribunales de Justicia.

El resultado esperado por esa reforma fue que el mercado produjera información acerca de la calidad de las instituciones (o que éstas tuvieran suficientes incentivos para cuidar esa calidad) y que fueran las propias instituciones de educación superior las que certificaran las competencias profesionales que, en cada caso, decían impartir. El Estado limitó su obrar a autorizar y supervisar -durante periodos de tiempo acotados- a las instituciones del sistema.

Hoy, 22 años después de la reforma, es relevante examinar si existen en el entorno legal chileno, arreglos institucionales alternativos a ese que acabamos, en términos generales, de describir.

En particular, cabe preguntarse si existe en el entorno legal chileno el deber específico del Estado de proveer un bien público -la información fidedigna acerca de las competencias profesionales- o si, en cambio, el sistema legal delega enteramente la producción de ese bien en el mercado. Creemos que existen buenas razones y suficientes antecedentes jurídicos para sostener que la producción de información fidedigna acerca de las competencias profesionales disponibles en la sociedad, constituye un deber constitucional del Estado en Chile. En seguida, intentaremos establecer si acaso el ordenamiento legal chileno cuenta con un sistema completo y coherente que permita garantizar que quienes acceden al mercado de servicios profesionales cuenten con las competencias requeridas.

EL DEBER DE PROVEER INFORMACIÓN PÚBLICA

Una de las directrices que, según la opinión generalizada de la doctrina, subyace en las bases de la institucionalidad, es el principio de subsidiariedad (artículo 1, inciso tercero de la Constitución). En conformidad con este principio, compete al Estado ejecutar aquellas tareas que, atendida su naturaleza, las sociedades intermedias -el conjunto de organizaciones situadas entre la familia y el Estado- no pueden ejecutar por sí mismas. Esta directriz orienta y a la vez limita la acción del Estado desde el punto de vista constitucional. Posee, así, una dimensión negativa (hay cosas que el Estado no debe hacer) y una dimensión positiva (hay algunas cosas que el Estado debe hacer). No es lícito al Estado emprender una actividad económica, con base en un estatuto especial, si es el caso que los particulares pueden emprenderla por sí mismos; pero, al mismo tiempo, el Estado debe atender aquellas actividades que los particulares, por sí solos, no podrían desarrollar.

Uno de esos deberes positivos -que, a nuestro juicio, posee una amplia justificación económica y constitucional- es el deber del Estado de producir un conjunto de bienes públicos, en particular, información adecuada para la sociedad, el mercado y los consumidores. Desde el

punto de vista de las políticas públicas, correspondería al Estado proveer al conjunto de la sociedad, al mercado y a los consumidores, de *información fidedigna acerca de las competencias profesionales* de quienes ejercen determinadas actividades, en forma adicional a la que se entrega bajo la forma de *reconocimiento oficial de las instituciones de enseñanza superior* y siempre que en el ejercicio de dicha actividad estuviere involucrado el interés público.

En vista del crecimiento experimentado por nuestro sistema de educación superior y la plena autonomía de que gozan dichas entidades, para crear y ofrecer carreras profesionales de cualquier tipo, se ha ido generalizando la percepción de que la información relativa al reconocimiento oficial es importante pero insuficiente. Ello se ha ido plasmando en hechos tales como el último discurso del Presidente de la Corte Suprema en la inauguración del año judicial, así como el preocupante aumento de las denuncias por negligencia en el ámbito de las profesiones médicas.

La justificación de ese deber del Estado -un deber, cabría insistir, positivo y no sólo de abstención- deriva de la particular característica que posee la información acerca del sistema de educación superior. La información es un típico bien público, es decir, un bien que, una vez producido, aprovecha indiscriminadamente tanto a quienes contribuyeron a su producción, como a quienes no contribuyeron. La exclusión de aquellos que no contribuyeron es tan costosa que, si se emprendiera, desalentaría la propia producción del bien (los costos de exclusión estarían por encima de los beneficios esperados de la información). Este carácter que posee la información induce a las personas a no obtener información por sí mismas, y a esperar, en cambio, que otros la obtengan para así aprovecharse gratuitamente de ella (esto es lo que suele denominarse el problema del *free rider* o polizón). El resultado es que si se deja entregada a los particulares la producción de este tipo de información, ésta no se producirá nunca y el perjuicio social por esa vía es evidente. La solución consiste en producir esa información con cargo a rentas extraídas coercitivamente de los particulares (impuestos).

Hay todavía otra razón adicional para que los particulares no produzcan esa información: el beneficio esperado de esa información

puede estar por debajo de los costos en que hay que incurrir para obtenerla. Imaginemos las asimetrías de información que existen entre los presuntos expertos y los clientes. Una profesión certificada permite ahorrar costos de búsqueda y disminuye los costos de probables errores de elección. Corregir las asimetrías de información en este ámbito es, entonces, un deber que el Estado debe, cotidianamente, cumplir: se trata de la creación de un bien público.

Existen para ello diversas acciones -todas constitucionalmente legítimas- que podría emprender. Como veremos, existe la posibilidad de que el Estado establezca restricciones en cuanto al acceso al ejercicio de una determinada profesión, fundamentándose en la exigencia de una determinada formación, el señalamiento de clasificaciones con base en indicadores de calidad o, incluso, el uso de algún sistema de acreditación para ejercerla. Por cierto, esta alternativa de acción pública no resulta lesiva de la libertad de enseñanza prevista en la Constitución Política, en la medida que no constituye una barrera de entrada al sistema educacional. La libertad de enseñanza no ha de entenderse como una franquicia indiscriminada, ni supone, tampoco, el deber del Estado de admitir de manera irrestricta las certificaciones emanadas de las instituciones.

En general, los derechos fundamentales se conciben como directrices orientadoras para el órgano productor de derecho, en el sentido que debe maximizar para sus ciudadanos el goce del derecho que consagra, pero armonizándolo con otros bienes igualmente importantes. Cuando el constituyente consagra, por ejemplo, la libertad de enseñanza, acto seguido establece cláusulas que autorizan al legislador a relativizarlo, previa una ponderación de bienes. Así, el inciso segundo del número 11 del artículo 19 de la Constitución establece que esta garantía debe ser armonizada con la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Lo mismo ocurre, *mutatis mutandis*, con lo previsto en cuanto al ejercicio de una determinada profesión, a la luz del número 16 del artículo 19. Exigir, por tanto, una certificación que acredite la idoneidad profesional no puede estimarse lesivo de la libertad de trabajo, si se encuentra, como el texto constitucional lo exige, adecuadamente ponderada con los otros bienes en juego.

EL ORDENAMIENTO LEGAL DE LAS PROFESIONES

La protección de la libertad de trabajo es un derecho o facultad que asiste a los ciudadanos que ejercen o pretenden ejercer un determinado oficio o profesión. La regulación del ejercicio profesional cae bajo el amparo de la regla del número 16 del artículo 19 de la Constitución. Interesa poner de manifiesto aquí dos aspectos de esa última regla, a saber: *a)* que toda diferenciación está constitucionalmente justificada, sólo si se funda en la capacidad o idoneidad personal; *b)* que la ley determinará: *b.1.)* qué profesiones requieren grado o título universitario; y *b.2.)* las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

Un análisis puramente gramatical de la regla indica que la ley ordinaria -a cuya competencia se entrega la regulación de esta garantía- puede optar por cualquiera de las siguientes alternativas:

1. Profesiones que no requieren título o grado universitario ni para poseerlas ni para ejercerlas. La posesión de grado o título profesional no garantiza exclusividad de acceso al ejercicio profesional ni tampoco el uso de la denominación. En este caso, el título profesional es una ventaja de mercado para quien lo tiene, pero no una barrera de entrada a la competencia. Este caso se justifica, en general, si no hay asimetrías de información (v.gr. Publicidad); o no hay relación de consumo masiva (v.gr. Física Teórica), o no hay probabilidad de daño a terceros por falta de "experticia" que interese previamente certificar (en este caso el consumidor internalizará un daño banal).
2. Profesiones que, en cambio, requieren título o grado universitario para poseerlas y para ejercerlas. Se trata de profesiones en las que es posible observar una coincidencia estricta entre el otorgamiento del grado o título y el ejercicio profesional. Se encuentran en este caso aquellas profesiones -como la de médico- en que el ejercicio de cualquier destreza o competencia asociada a la profesión requiere poseer la respectiva certificación. La certificación es en este caso condición necesaria y suficiente para el ejercicio. Desde el punto de vista de una política pública, esta situación es correcta si se cumplen tres condiciones, a saber: *a)* relación de consumo entre el profesional y los particulares (el servicio puede comprarse en el mercado); *b)* asimetrías de información entre el consumidor y el profesional (el consumidor carece de la información necesaria para

saber quién posee la competencia que demanda); c) probabilidad de un daño severo como consecuencia de errores y, entonces, necesidad de calificar previamente la capacidad o idoneidad de quien ejerce la profesión (la certificación previene así las externalidades negativas de la libre contratación del servicio).

3. Profesiones en que la certificación es necesaria sólo en ciertos casos para el ejercicio profesional. Es el caso de la mayoría de las profesiones y la certificación debe, razonablemente, exigirse en sólo dos hipótesis: cuando se trata de ejercer alguna competencia de las varias asociadas a la profesión (v.gr., defensa en juicio en el caso de un abogado) y cuando se trata de prestar el servicio en entidades públicas, de las que no es dable esperar una conducta de búsqueda de mercado (este es el caso de las reglas de contratación del sector público).
4. Profesiones que requieren título o grado universitario para poseerlas, pero cuya posesión no es suficiente para su ejercicio. Este es un caso de rara ocurrencia en la legislación, por la ausencia de reglas que establezcan condiciones o sistemas de control para el ejercicio profesional, en forma adicional al requisito de posesión de un título o grado universitario.

Un examen de las reglas de habilitación profesional revela que la legislación chilena es débil y confusa en esta materia. De partida, cabe señalar que en el caso de las actividades listadas en el artículo 52 de la Ley No. 18.962 se exige, para obtener el respectivo título profesional, estar en posesión del correspondiente grado académico. Fuera de ello -y de una definición general en el artículo 31- esa ley no establece requisitos o condiciones para obtener títulos profesionales. La ley orgánica constitucional de enseñanza no fue concebida como un marco regulatorio de las profesiones; pero, resulta preocupante que no exista ninguna normativa que opere en tal sentido, desde la mencionada derogación de los requisitos derivados de la colegiatura¹.

1. El D.L. 3621, de 7 de febrero de 1981, fija normas sobre Colegios Profesionales y en su artículo 1º transforma a los colegios profesionales en asociaciones gremiales. En el artículo 2º se establece un precepto fundamental, que consiste en que la pertenencia a un colegio profesional no pueda ser requisito para ningún efecto. Por su parte, el D.L. 2757, de 4 de julio de 1979, establece normas sobre asociaciones gremiales de empleadores del sector privado y en su artículo 2 dispone lo siguiente: "La afiliación a una asociación gremial es un acto voluntario y personal, y en consecuencia nadie puede ser obligado a afiliarse a ella para desarrollar una actividad ni podrá impedírsele su desafiliación". Estas reglas, por cierto, son perfectamente coherentes con la Constitución, que en el artículo 19 N° 15, relativo a la libertad de asociación, dispone que nadie pueda ser obligado a pertenecer a una asociación.

Ahora bien, es necesario tener presente el artículo 6 del D.L. 3621: conforme a este precepto, “mientras el Presidente de la República no haga uso de la facultad que le confiere el artículo 2º transitorio², para ejercer las profesiones u oficios respecto de los cuales se exigía estar inscrito en un Colegio Profesional, se mantendrán las exigencias o requisitos que contemplan las leyes orgánicas de los colegios profesionales relativas a la posesión de títulos, grados, ejercicio profesional, prácticas o cargos, que debían tener los postulantes para los efectos de inscribirse en los respectivos registros o de ejercer la profesión”.

Esto nos lleva a concluir que la norma dejó vigentes algunos de los antiguos requisitos para ejercer la profesión y que, en todo caso, la voluntad del legislador es suplir el vacío que ha dejado. Creemos que las exigencias de estar en posesión del título, de estar inscrito en un registro así como el pago de patente³ son requisitos vigentes para el ejercicio de una profesión. En efecto, según el artículo 6º del D.L. 3621, la exigencia de inscribirse en un registro de profesionales permanece vigente, y ello no implica afiliarse a un colegio profesional. Todavía más, existen algunas situaciones especiales que revelan el interés del Estado en orden a “dictar o modificar *las normas que reglamenten el ejercicio de las profesiones correspondientes o la ética profesional*”. En el caso de la profesión de abogado, la ley vigente establece varios requisitos adicionales al respectivo grado

-
2. Art. 2 transitorio: “Facúltase al Presidente de la República para dictar, en el plazo de 6 meses, los decretos con fuerza de ley que estime necesarios, para entregar a otras entidades las atribuciones o funciones que tuvieren los colegios en la actualidad y que no sean compatibles con el carácter de asociaciones regidas por el decreto ley 2757, o que no fueren asumidas adecuadamente por ellas”. “Podrá asimismo el Presidente de la República, a través de decretos con fuerza de ley y dentro de igual plazo, dictar o modificar *las normas que reglamenten el ejercicio de las profesiones correspondientes o la ética profesional*.”
 3. En el caso de la patente municipal, la exigencia se mantiene, pero no por aplicación de la regla de la respectiva ley del colegio de que se trate, sino por el D.L. de rentas municipales: Art. 23. El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley” (inc. 1º).

universitario⁴ e, incluso, es éste el único caso en Chile que recoge la experiencia de países como EE.UU., en que las universidades otorgan un grado académico y es un órgano estatal el encargado de conferir la habilitación profesional.

El Código Sanitario, a su turno, en artículos 112 y 114, establece que sólo podrán desempeñar actividades propias de la Medicina, Odontología, Química y Farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes posean el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra universidad reconocida por el Estado; pero, adicionalmente, dichos profesionales universitarios *deben estar habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones*. Esto es, deben satisfacer otras condiciones especiales, señaladas en la ley, además de poseer el respectivo título profesional. Un examen comparado de la legislación en los países del Mercosur, por otro lado, nos revela que esos países, al igual que Chile, delegan en las instituciones de educación superior la facultad de otorgar títulos habilitantes, tanto académica como profesionalmente; la autonomía académica de las instituciones, con todo, no es óbice para el reconocimiento de la potestad pública de definir -en términos amplios- los conocimientos y capacidades que tales títulos certifican, así como las actividades para las que tienen competencia sus poseedores. Asimismo, es posible encontrar profesiones cuyo ejercicio es regulado especialmente por el Estado, en razón de que puede comprometer el interés público, poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes. Esta regulación, en algunos casos -los menos- se refiere a la actividad formativa de las instituciones educacionales y, en otros, sólo afecta la labor del profesional después de haber egresado de la carrera universitaria respectiva.

Finalmente, advertimos que, por sus características particulares, Argentina y Brasil registran situaciones diversas en cada uno de sus estados o provincias, presentándose en estos niveles el requisito de la colegiatura obligatoria para ciertas profesiones.

4. "Art. 523: Para ser abogado se requiere: 1. Tener veinte años de edad; 2. Tener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas otorgado por una Universidad, en conformidad a la ley; 3. No haber sido condenado ni estar actualmente procesado por delito que merezca pena corporal, salvo que se trate de delitos contra la ley de seguridad interior del Estado; 4. Antecedentes de buena conducta; 5. Haber cumplido satisfactoriamente una práctica profesional...".

LA ACREDITACIÓN DE PROGRAMAS: UNA ALTERNATIVA PARA PERFECCIONAR EL MARCO REGULATORIO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y PARA GARANTIZAR LA IDONEIDAD PROFESIONAL

El control sobre el sistema de educación superior se efectúa en Chile sobre algunas instituciones -las nuevas entidades privadas- y exclusivamente en los momentos iniciales de su formación, con la base de un sistema de autoevaluación y regulación por una agencia pública, que no acredita programas, sino que fortalece institucionales. Una vez adquirida la autonomía, se produce una delegación completa del Estado en esas instituciones en lo que respecta a la certificación de títulos y grados.

El Estado parece suponer que una institución de educación superior -al otorgar títulos y grados- acredita la capacidad o idoneidad profesional para el ejercicio. Se trata, sin embargo, de una presunción insostenible, dadas las carencias de los sistema de control sobre las instituciones de educación superior, que son, en síntesis, las siguientes: a) No existe en Chile una agrupación tendiente a la autorregulación de esas instituciones, las que, entonces, no vigilan su propia mejora; b) Los estudiantes y sus familias carecen, entonces, respecto de esas instituciones, de mecanismos para obtener información fidedigna respecto a la calidad de los programas que ofrecen; c) No existe en Chile un sistema de acreditación de programas específicos tendientes a verificar, por parte del Estado, que las instituciones de educación superior provean la enseñanza de las competencias específicas esperadas y comparables.

La evidencia disponible nos permite aseverar que, en esta parte, el sistema legal admite múltiples mejoras y que, por lo mismo, el deber constitucional del Estado se cumple de manera deficiente. De conformidad con lo anterior, nada impide que la ley ordinaria o común fije criterios generales para determinar la capacidad o idoneidad para el ejercicio de determinadas profesiones y que esa capacidad se fije con arreglo a los resultados de un sistema de acreditación. En tal caso, los títulos o grados de una institución no acreditada serían susceptibles de posesión, pero no habilitantes para el ejercicio profesional. No puede juzgarse, desde luego, que exista aquí una discriminación arbitraria;

por el contrario, el uso de un sistema de acreditación para estos efectos hace consistentes el control de acceso al ejercicio profesional con la información que, en su momento, fue entregada al público interesado en el sistema educacional.

Es legítimo, por tanto, que el legislador se sitúe en la cuarta de las alternativas mencionadas anteriormente, al referirnos a la regulación de las profesiones -i.e., exigir requisitos adicionales al título universitario para ejercer determinadas profesiones- cuando llegue a la conclusión de que la certificación otorgada por una institución de educación superior no garantiza la capacidad o idoneidad personal del titular.

Un sistema de acreditación daría información suficiente a la comunidad acerca de la calidad de cada una de las instituciones del sistema y de los programas que ellas imparten. Con ese sistema de información, plenamente compatible con la libertad de enseñanza, los consumidores que contraten con las instituciones del sistema -o con sus egresados, los profesionales- podrán discriminar correctamente y a un costo de transacción bajo.

Luego de eso, es perfectamente posible que, con arreglo a esa misma información y ahora en el ámbito de la libertad de trabajo, la ley considere que sólo quienes provienen de determinadas instituciones -v.gr., acreditadas o cuyo programa ha sido académica y profesionalmente validado ante una institución acreditadora- cuentan con las competencias requeridas, esto es, con la capacidad o idoneidad personal del caso y, consecuentemente, reúnen las condiciones para ejercer la profesión respectiva.