

Derechos fundamentales (sociales) y educación superior en Chile.

Estudiante: Ignacio Nequeçaur Fierro.

Profesor guía: Aldo Valle Acevedo.

**Tesina de Licenciatura, Facultad de Derecho.
Diciembre, 2024.**



ÍNDICE GENERAL:

I. INTRODUCCIÓN.

1. Resumen. Páginas 1-2.

II. DESARROLLO.

1. Primer capítulo: 1.1 Preámbulo. 1.2 Derechos sociales. En cuanto a una posición general sobre los derechos sociales. Derechos sociales y derechos subjetivos. 1.3 Derechos sociales y estado de bienestar. 1.4. Distinción con derechos civiles y políticos; derecho natural de los derechos sociales. 1.5. Estructura obligacional y “justiciabilidad“. Páginas 2-16.

2. Segundo capítulo: 2.1 Derecho a la Educación en concreto y Libertad de Enseñanza. 2.2 Libertad de Enseñanza. 2.3 Delimitaciones previas del ‘Derecho Social a la Educación’. 2.4 Derecho social a la educación propiamente tal. 2.5 Derechos sociales y gratuidad. La Libertad de Enseñanza concebida como libertad de emprendimiento. Páginas 16-27.

3. Tercer capítulo: 3.1 Aspectos concretos relacionados a Derecho a la educación y su concepción desde los derechos sociales. 3.2 Análisis de normas: La Ley 21.091 sobre Educación Superior. 3.3 Análisis Ley 21.091 sobre Educación Superior. Delimitación de Artículos esenciales y normativa aprobada. 3.4 Los Artículos en cuestión de la Ley 21.091 que regulan la gratuidad. 3.5. Sentencia del Tribunal Constitucional de 2018, respecto a esta ley, sobre ‘los fines de lucro’. 3.6. La Libertad de Enseñanza vista como una estructura o dimensión mercantil. 27-47.

III. CONCLUSIÓN. Páginas 47-50.

Resumen.

La presente investigación analiza la noción de derechos sociales, desde su controvertida existencia jurídico-filosófica; luego, explica en detalle lo concerniente al ‘derecho social a la educación’ y las vertientes o interpretaciones constitucionales de este. Por último, realiza un análisis somero de la legislación reciente (“ley de gratuidad”; Ley 21.091) y sentencias al respecto, respondiendo distintas hipótesis en torno a la existencia de este paradigma en Chile.

Palabras clave: Derechos fundamentales; Derechos subjetivos; Derechos sociales; obligaciones de garantía; obligaciones de satisfacción; Derecho a la educación; Educación en general; Fines

educacionales; Libertad de Enseñanza; Faz Mercantil.

INTRODUCCIÓN.

Esta investigación explica el desarrollo del derecho social a la educación en Chile (concebido como un derecho fundamental, positivo; sin embargo, cuya justiciabilidad y garantía pública es cuestión de debate profundo), desde sus pilares tradicionales (el derecho a la educación a secas y la “Libertad de Enseñanza”), hasta un ámbito más específico, como lo es el ‘derecho social a la educación’. No sin antes delimitar un marco o teoría particular sobre los derechos sociales en sí.

De manera deductiva, se abordan preguntas sobre el origen de estos mismos derechos (siendo una construcción de derechos que va –supuestamente- más allá de la doctrina liberal), y la no poco repetitiva cuestión de si “¿en Chile existen o no derechos sociales?”.

El desarrollo comienza por ahondar y aclarar la estructura de los derechos sociales, en términos de su análisis global y las diversas interpretaciones en la legislatura y doctrina. Luego, se contrasta con los derechos fundamentales clásicos (v.gr: el derecho a la propiedad), exponiendo su estructura obligacional, de garantías, y bien, de justiciabilidad.

Una vez situado en el entendimiento de los derechos sociales y el derecho a la educación en Chile, se abordan en concreto las estructuras (garantistas) de cobertura y/o satisfacción del derecho a la educación en Chile. Instituciones como el Crédito con Aval del Estado (desde ahora: CAE) y la “gratuidad”, otorgada durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet, son esenciales tanto para fundamentar la ‘naturaleza jurídica’ del derecho frente al que nos encontramos (nacional e internacionalmente -con contrastes, anticipo-), pero también para problematizar en torno al argumento de si la existencia de un derecho social responde a cuestiones ‘obligacionales’ (es decir, en torno al deber de dar una prestación, hacer o no hacer algo, a raíz de ciertas necesidades; acorde a ciertos fines; por el estado o ciertos ‘grupos intermedios’, según se discuta), o bien, netamente de ‘cobertura’. Por último, y previo a enumerar las catorce conclusiones de esta investigación, se analiza el panorama jurisprudencial (con especial énfasis en una sentencia del Tribunal Constitucional del 2018), en consonancia a ciertas interpretaciones locales de la Libertad de Enseñanza.

DESARROLLO.

Primer capítulo. 1.1 Preámbulo.

En sus últimos instantes, nuestro trémulo país, dentro de su ya convulsa historia social, atestigua una serie de debates acalorados sobre la pertinencia de los derechos sociales, su existencia, justificación y demás. A nivel ciudadano, constituyente, político y judicial, dicha categoría se ha tomado la palestra. El ambiente, de manera pendular, ha oscilado entre la aceptación mesurada del concepto por sectores liberales, hasta la negación tajante de su constitucionalización y ‘deber estatal’; por su parte, sectores populares, de izquierda clásica y de la izquierda *new-wave* (posmoderna o liberal), han defendido su contenido en un estilo confusamente atizonado (desde lo que se entiende ‘propriadamente’ como derechos sociales, o de tercera generación), confundiendo en muchas ocasiones las obligaciones jurídicas que estas implican, con arquetipos institucionales que sirven a las mismas (v.gr: garantías).

Dicha discusión, en su vertiente jurídica, inspira a este escribano. Ella radica, brevemente, en el carácter de obligación jurídica de los derechos sociales (si es positiva o negativa; si es universal o no), su diferenciación con los “derechos liberales más clásicos” (que, dicen algunos, sólo implican actitudes negativas por parte del estado) y las estructuras de garantía. Se replantean, así, las hipótesis que han guiado a decenas de juristas al aproximarse a este tema previamente: ¿Existen los derechos sociales? ¿Son lo mismo que “derechos socialistas”? ¿Es un derecho social un derecho subjetivo como cualquier otro? ¿En qué se distingue respecto a los derechos civiles? ¿Implica un modelo de organización política especial? ¿Son exigibles como cualquier otro derecho? ¿Si algo varía de esa estructura, podemos seguir hablando de ‘derechos sociales’?.

1.2. En cuanto a una posición general sobre los derechos sociales. Derechos sociales y derechos subjetivos.

En lo principal: los derechos sociales. Como en toda discusión de lógica jurídica, pareciera volverse preciso encontrar alguna definición. Es legítimo que se pregunte de entrada: ¿qué son los derechos sociales? Coloquialmente, esto ha encontrado muchas respuestas: “son derechos a la plata del otro” (Kaiser, 2016), se dice. Política y económicamente, de manera superficial, pareciera que el asunto oscila entre dicha respuesta, y ciertos matices de “realidad social”, cuando se aborda. Sin embargo, en la esfera jurídica el asunto no es para nada simple (y, tal como se tratará, sus implicancias políticas, económicas y sociales-prudentemente analizadas- tampoco lo son).

La definición o noción más remota consultada, o al menos un acercamiento a ella, es dada por Fernando Atria, en el año 2002. Su exposición en un congreso internacional literalmente

denominada “¿existen los derechos sociales?” (publicado en 2004), pareciera dar bastantes luces en torno a la médula (si son o no derechos subjetivos, según veremos) de la controversia.

El primer problema derivado de entregar una definición de derechos sociales, tiene relación con lo que Rodolfo Arango planteaba ya en 1998: ¿son los derechos sociales ‘derechos’? Esto es, en términos formales, y en línea a lo definido como un ‘derecho’ y ‘derecho subjetivo’ (Arango, 1998) por el diccionario del español jurídico: “*la prerrogativa, facultad o poder jurídico reconocido a un sujeto de derecho para disfrutar o disponer de una cosa o exigir a otra persona una prestación, dentro de ciertos límites*”. Cuestión que el mismo Arango comienza contestando cronológicamente aún más atrás, con referencia a Carl Schmitt, quien ya en sus lecciones constitucionales de 1927 se refería –sin más- a los derechos sociales como ‘derechos socialistas’.

En torno a lo principal, entonces, previo a dar una noción cerrada, corresponde preguntarse algo bastante tácito: ¿existe consenso en la definición? Obviamente, no, sin embargo, hay pareceres comunes. Abarcar el concepto desde los derechos subjetivos, busca explicar el origen ontológico de la misma. Algunos autores optan por conceptualizarles desde lo que ‘no’ sean, por ejemplo: puede que no sean derechos individuales o liberales. Aquí el asunto se tratará desde un renglón anterior: lo que entendemos como ‘derechos sociales’ depende de lo que aceptemos como ‘derechos subjetivos’, y si queremos asimilar su existencia, debemos atenernos a que la noción de estos no es estática (ni dogmática ni históricamente). Esto fue ya desarrollado por Atria en su citada conferencia bonaerense, quien comienza así su exposición, a la hora de plantearse si “¿existen los derechos sociales?”: “*No hay razón para mantener en suspenso la respuesta a la pregunta que da título a este Artículo. Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos. Las líneas que siguen deben ser entendidas como (el inicio de) una contribución a ese respecto*” (Atria, 2004).

Por supuesto, el sentido de que la discusión sobre los derechos sociales es ‘ eminentemente política’, o sea, de teoría del estado y subjetividades varias, no excluye su raíz ‘jurídica’. Ella implica, de manera simple y general, que una concepción clásica liberal del derecho nos diría que no es ‘derecho’ porque no es un ‘derecho subjetivo ni natural’, y otras (socialistas, nacionalistas, comunitaristas, etc) responderán de plano que sí lo es, porque es un derecho en base a los derechos que origina el permanecer a una ‘comunidad’ (como la ciudadanía, por ejemplo; ligada a una raíz nacional y liberal). Tal como se verá, el asunto no es menos complejo luego, pues la

mera noción de derecho social implica indudablemente (a juicio de este escribano) optar por una ‘solución liberal’.

En especial, a la hora de hablar propiamente de un derecho, o bien, de un ‘derecho subjetivo’, se debe entender las distintas categorías del derecho propiamente tal, según las ramas de este. O sea, no se definirá el derecho de la misma manera, en cuanto hablemos -por ejemplo- de derecho público o privado, atendiendo a las naturalezas de las normas; o bien, de derechos fundamentales, cuyas garantías están particularmente reforzadas en la constitución. En este sentido, es asumido que quienes propugnan una teoría del rechazo ‘estricto’ del carácter de ‘derecho’ en los ‘derechos sociales’, lo hacen desde una vertiente ‘privatista’. Así, en esta lógica, se entiende que habría un derecho subjetivo cuando: existe una obligación; su justiciabilidad es dada por una declaración de ‘voluntad’; creada en atención a un ‘interés’ (el de una parte). Por lo pronto, todo ello pese a lo dicho ya por Kelsen, en cuanto a que: “hay deberes que no son correlativos a derechos, porque hay deberes que en cuanto a su justiciabilidad no están mediados por la declaración de voluntad de otra persona” (Kelsen, 2023). Así mismo, en cuanto dice Atria, los Derechos Humanos tampoco son voluntarios y su contenido responde, más allá que a estructuras formales, a esencias morales inherentes del ser humano y declaraciones formales internacionales antiquísimas (Atria, 2004).

No obstante lo anterior, no es infructuoso despejar la noción de lo “moral” en esta búsqueda. Toda vez que esa misma corriente privatista-civilista, da lugar al peso inexorable de la prudencia como último elemento de la interpretación jurídica, en el Artículo 24 del Código Civil, y la prudencia es un concepto eminentemente ‘moral’. Esto es, a la hora de definir, en esa lógica, si ‘X’ tiene un derecho subjetivo-social, en caso de no haber claridad normativa, ni espíritus e historias de la legislación claros, podría llegar a tenerlo –por amparo judicial- porque es justo que lo tenga (y así lo respalda la jurisdicción). Nada obsta, en términos formales, a que se entienda que cada derecho implica una previa teorización moral, e incluso a veces una normativa moral positiva (en textos religiosos, v.gr); o sea, que finalmente cada derecho incluso en lo fáctico termina siendo una aplicación concreta de lo que quien decide el derecho (juez o autoridad), considera como justo, en base a una teoría del derecho ya asimilada (si el derecho negara esta conexión de lleno, no daría margen alguno a los constantes juramentos a Dios, incluso por parte de autoridades positivamente investidas; aunque eso ya es meollo de otros debates). El razonamiento de la moralidad, planteado por Atria (como se verá, esta posición no se mantiene con los años), dejaría los derechos sociales a merced del ‘activismo judicial’, cuestión que no se

ahondará acá, pues ha sido desarrollado más en profundidad por el profesor Abramovich y Curtis, y será analizado más adelante¹.

En términos de aquella misma ontología política, se acepta que el origen mismo de estos ‘intereses sociales’ surgen al alero de la lucha política y filosófica, como fuente socialista (más allá del mismo Marx, incluso, tomando a Hegel y Feuerbach), de lo que usualmente se identifica como ‘intereses de clase-proletarios’, versus el mero sentir burgués plasmado en el estado de derecho incipientemente moderno. Un socialista clásico, así, podría negar los derechos sociales en base no solo a la posición de clase-absoluta, sino también al pilar privatista o a la concepción del derecho clásica, en virtud del cual el estado solo sirve para dar garantías al individuo en su desarrollo y disfrute, sin pasar a llevar los derechos de los demás; cuestión a la que, probablemente, un liberal clásico también adscribiría. Pero para que esos ‘intereses’ fueran reconocidos como ‘derechos’, hubo un cambio de paradigma profundo. Si asumimos, de manera superficial, que el socialismo implicaría una suerte de negación o abolición del estado liberal tal como lo conocemos, y que el estado de derecho era solo parte de una ‘superestructura de la clase dominante’, claramente el disputar la noción de ‘derecho social’ implica re-enfocar los análisis. De hecho, Marx decía en un pasaje sobre la cuestión judía que: *“los llamados derechos humanos, los droits de l’homme, a diferencia de los droits du citoyen, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad civil, es decir, los derechos del hombre egoísta, del hombre que vive al margen del hombre y la comunidad [...] El derecho humano de la libertad no descansa sobre la unión del hombre con el hombre, sino que se basa, por el contrario, en la separación entre los hombres”*. (Marx, 2020). Dicho abandono de una retórica socialista original y su traducción a un ‘lenguaje jurídico liberal’, nos entrega la primera noción de los ‘derechos sociales’, vistos desde su contenido como derecho subjetivo.

Por consiguiente, una primera noción o definición de derecho social, sería: son la consagración jurídico-liberal de los ‘intereses de clase’, o bien, el poder jurídico que se le reconoce a un sujeto de derecho (sea colectivo o individual), al disfrute y goce de una cosa o prestación. Una

¹ Paradójicamente, años después Atria construiría su teoría sobre los mismos es una estricta oposición al eminente rol judicial. Pese a todo lo ya dicho, no es majadero, ni iluso, ni absolutamente contra factual, preguntarse: entonces, si ese derecho subjetivo fuese dado individualmente a cada persona (o incluso no individualmente, sino a través de una suma continua y consolidada de fallos jurisprudenciales que, eventualmente, contradecir pudiese ser causal de un recurso de casación y discriminación arbitraria innegable), en virtud de una obligación, mediada por la voluntariedad (pudiese darse, por ejemplo, que los acreedores renunciaran a ciertas cobranzas, o bien, se declarara como ‘justo’ que ese derecho se diera así), y en base a los intereses del deudor... ¿podría hablarse de derechos sociales? Y sí, depende, obviamente; de si asumes o no los derechos sociales como derechos a un mínimo.

constatada evolución del concepto más ‘clásico’ de derechos, que da lugar a los derechos de ‘tercera generación’.²

Una vez asumido que los derechos sociales –subjetivamente– son una ‘máxima mixta’ de concepción de justicia, del derecho y el accionar del estado ante las condiciones de la miseria humana, o bien, un intermedio entre las concepciones políticas más clásicas, tanto del socialismo como liberalismo, debemos preguntarnos si internamente el concepto carece totalmente de contradicciones o no. Es decir, ¿dará igual la concepción humana que hay tras esa estructura subjetiva; si ha de ser moral o positiva; colectiva o individual; universal o particular? Obviamente, como todo concepto complejamente mixto, su raigambre dependerá de donde se le interprete.

Desde una tradición liberal que acepta los derechos sociales, el paradigma funciona con los siguientes matices: *“en la tradición liberal los derechos se fundan en el auto interés (porque ellos no dependen de sino anteceden a la comunidad) o, para expresarlo de una manera más elegante, en lo que Rawls llama el ‘mutuo desinterés’. El liberalismo, en su variante ‘progresista’, acogió la idea de derechos sociales, pero para fundarlos debe recurrir a una concepción más amplia que lo común de auto-interés, un enlightened self-interest. Por eso, los derechos sociales en clave liberal son concebidos como una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado. Steven Holmes ha mostrado, de hecho, que los autores liberales clásicos efectivamente reconocían la existencia de ciertos ‘derechos de bienestar’ [welfare rights]. Pero precisamente como ellos manejaban una noción ‘natural’ de derechos, i.e. derechos existentes en el estado de naturaleza (derechos en cuya justificación normativa el hecho de vivir en comunidad no aparece), esos derechos de bienestar sólo podían tener como límite máximo ese estado: es irracional acceder a un pacto constitutivo si en virtud del pacto el sujeto quedará peor de cómo estaba en el estado de naturaleza. Si uno no tuviera un derecho de bienestar, un derecho a un nivel de vida apenas superior a la vida ‘solitaria, pobre, desagradable, bruta y breve’ de que habla Hobbes, entonces los demás ciudadanos no podrían exigirle respeto a la autoridad. Por eso los derechos de bienestar que Holmes encuentra en la tradición liberal no son derechos sociales en el sentido socialdemócrata, sino derechos a un mínimo”*. (Atria, 2004)

² Así, expone Atria que: *“el ejercicio de los derechos naturales no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos”, dice la declaración francesa (art. 4). Por consiguiente, las demandas socialistas sólo podían reverberar en el discurso liberal si eran manifestadas como derechos, de modo que pudiera decirse que el conflicto entre esas demandas era un conflicto de derecho contra derecho (permitido) y no de derecho contra utilidad general o aspiración comunitaria (no permitido). En efecto, si las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, la respuesta liberal habría indefectiblemente de ser que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones comunitarias no podían competir con los derechos. Al presentarlas como derechos, el liberalismo se veía enfrentado a un dilema, porque debía optar entre (1) mantener su adhesión prioritaria a los derechos de ‘primera’ generación, declarándolos más importantes que las otras necesidades, e implicando así que lo importante era, por ejemplo, gozar de libertad ‘formal’, aunque esa libertad fuera substancialmente vacía (el rico y el pobre eran libres de dormir bajo los puentes de París) o (2) aceptar que las condiciones para el ejercicio legítimo y substancialmente significativo de las libertades fueran también cubiertas por derechos con al menos el mismo título que ellas”*. (Atria, 2004)

Por otro lado, desde la vertiente socialista: *“en la tradición socialista, los derechos sociales son una manifestación de una forma superior de comunidad, una en que (e.g.) cada uno contribuye de acuerdo a sus capacidades, y recibe de acuerdo a sus necesidades. Esta es precisamente la idea discernible en el análisis ofrecido por T H Marshall. Los derechos sociales constituyen una manera más amplia, más completa de concebir la ciudadanía, y como la ciudadanía es la pertenencia a una comunidad política, los derechos sociales de los que nos habla Marshall son la consecuencia de una nueva forma de concebir la asociación comunitaria. Ahora la sola pertenencia a la comunidad política es suficiente para fundar esos derechos. La diferencia entre la ciudadanía liberal (i.e. derechos civiles y políticos, en términos de Marshall) y la socialista es que mientras la primera es una forma de comunidad que se caracteriza porque sus miembros ‘no tienen interés en los intereses de otros’, la segunda es una forma de comunidad en que cada uno de sus miembros tienen un interés en el bienestar del otro, un interés que se extiende, como lo expresara el slogan del National Health Service británico, ‘from cradle to grave’ (desde la cuna hasta la tumba)”* (Atria, , 2004).

1.3. Derechos sociales y estado de bienestar. Distintas formas de concebir el derecho social subjetivo.

Para estos efectos, más allá de analizar las distintas formas del estado de bienestar, sus vertientes nacionales y doctrinales diversas (en esto, la obra de Beveridge *“Social Insurance and Allied Services”* ilumina un horizonte de comprensión bastante amplio (Pérez, 2015), es menester precisar que esta re naturalización de los derechos, anteriormente nombrada, ha llevado al término del “estado de bienestar”. Este tiene diferentes vertientes y expresiones; sin embargo, es del todo evidente que su evolución ha sido uno de los principales hitos de la época moderna y contemporánea; sea por las propias contradicciones del estado y política económica liberal, o bien, por la influencia de las vertientes socialistas. Pese a que paradigmas como el de Nozick u otros autores, parecieran pugnar férreamente por un estado de derecho liberal “original” (que, en lo jurídico, es solo una forma de retrotraer los conceptos, renegando de los derechos de tercera y segunda generación, hacia una suerte de vuelta al primitivismo jurídico –sin contexto histórico ni político- de la primera generación; e, incluso, en muchos casos, revalidando esta falsa dicotomía entre unos y otros, desde el mismo paradigma económico desarrollista y los beneficios sociales que la tercera generación ha propiciado) (Nozick, 1974).

¿Pero cómo se relaciona esto con la noción subjetiva de los derechos sociales? Dice Atria: *“estas maneras diversas de entender los derechos sociales tienen consecuencias institucionales también diversas. Un estado de bienestar liberal se caracteriza por la focalización, lo más precisa posible, de los programas sociales a quienes*

están por debajo de la línea de la pobreza, y su finalidad se limita a levantarlos hasta esa línea; un estado de bienestar socialista (socialdemócrata), por el contrario, recurre de modo más típico a programas universales y no focalizados (en los estudios comparados de estados de bienestar es común encontrar referencia a una tercera categoría: el estado corporativo de bienestar, pero aquí no necesitamos considerarla). Un buen ejemplo del estado liberal de bienestar es Estados Unidos, mientras países como los escandinavos son los casos ejemplares de estados socialdemócratas de bienestar (Alemania es el ejemplo tradicional del estado corporativo de bienestar)” (Atria, 2004).

1.4. Distinción con derechos civiles y políticos; derecho natural de los derechos sociales.

Por todo lo ya dicho, es preciso analizar si los derechos sociales son de una naturaleza completamente distinta a los civiles; o bien, si obedecen a una categoría de derechos-esencia no menos ‘justa’ o legítima que los derechos civiles y políticos.

Más allá de lo netamente ‘subjetivo’, al analizar los derechos sociales la doctrina aborda usualmente: las características propias de los derechos sociales; la distinción o no con los derechos civiles más clásicos, en términos sustantivos tanto como de su accionar judicial; su estructura obligacional (de respeto, protección y “satisfacción”); y la justiciabilidad que estos tienen, en relación con la obligación y el rol del estado en la materia. En cuanto a su relación o posible diferencia con el derecho civil, es imprescindible acotar que esta discrepancia remite esencialmente a: los tipos de obligación que se suscitan estructuralmente por parte de un derecho social o no; y los mecanismos de justiciabilidad para una obligación (Abramovich & Courtis, 2002).

Por supuesto, y previo a explicar esta ‘distinción’, resulta necesario acotar que no todo en los derechos sociales es componente nacional, mecanismos de aplicación, garantías y/o contenido del Artículo 19 de la CPR. El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (desde ahora “PIDESC”), emanado desde la Asamblea General de Naciones Unidas, ratificado por Chile en 1972 y publicado en 1989, tiene plena vigencia acorde al tenor del Artículo 5 de la CPR. Su contenido, así, es parte inherente de nuestra legislación, tanto sustantiva como positivamente. El contenido de este pacto, y las mismas discusiones no menores en torno al rango e incidencia del contenido de acuerdos internacionales en la legislación nacional, ha sido denominado como “el derecho natural de los derechos sociales”. En torno a esto, hay quienes exponen posturas según las que los derechos sociales se podrían considerar inherentes, anteriores, más importantes o sustancia de los derechos individuales y civiles o, al menos, una consecución lógica y esencial de los mismos. Al respecto, Gargarella sostiene que “*alguien podría decir, por ejemplo, que los derechos*

sociales (y no los individuales) son los derechos “más básicos, dado que si no se protegen los aspectos de la vida humana que tales derechos vienen a resguardar, los demás derechos pierden su sentido” (Gargarella, 1998).

Notoriamente, el filósofo alemán Otfried Höffe, defiende la postura de la distinción entre derechos sociales y derechos civiles-individuales, argumentando que: (i) unos son negativos y otros positivos (a saber, que uno solo implica un conjunto de prohibiciones u omisiones “de respeto”, y los otros una acción del estado en forma de provisiones); (ii) y que unos son sensibles a la escasez y los otros no (Höffe, 2007). Lo imprescindible, en torno a esto, es tener presente que las nociones de positividad y sensibilidad a escasez se repetirán en todos los análisis venideros de la época, críticos y a favor.

Dicho esto, a modo de contrapunto: considérese por un instante que solo dicho derecho civil-privatista es el derecho legítimamente existente-exigible. Vale preguntarse, ¿Existe acaso ‘una sola’ noción de derecho civil? ¿No es acaso menester preguntarse sobre el concepto de solidaridad y comunidad civil? ¿O bien, la evolución de la rama de “derecho de familia”, históricamente considerada dentro del derecho civil, no es acaso una evolución de ese mismo derecho en términos sociales? Evidentemente, no existe solo ‘un’ derecho civil, ni todos los derechos civiles son ‘totalmente’ positivos e independientes de la ‘escasez’; Abramovich y Courtis subrayan esto, a la hora de explicar que el reduccionismo del derecho civil a cuestiones patrimoniales, ha delimitado estrictamente la comprensión de este derecho, empero, es evidente que su constante evolución reciente recae en trasladar el eje del prisma interpretativo, desde el ‘patrimonio’ a las ‘personas’ (Abramovich & Courtis, 2002). En ese sentido, y en el mismo tenor crítico del apartado, Abramovich y Courtis hacen un paralelo bastante interesante sobre estas concepciones, versus las actuales tendencias insurgentes en el mundo del derecho privado, en relación con la teoría de los riesgos y el surgimiento del derecho del consumidor; resaltando que en el mundo contemporáneo ya no existen derechos puramente negativos o positivos³. Así, la diferenciación con los derechos civiles, propuesta por Otfried Höffe, carecería de ‘sentido’.

1.5. Estructura obligacional y “justiciabilidad”.

³ En torno a lo multidisciplinar del derecho, es interesante apreciar que tanto Atria como Aldunate Lizana recurren en sus obras de derechos fundamentales, al mismo meollo: *¿qué deber jurídico rodea al derecho social?* Recurriendo al paradigma penal sobre si los derechos de libertad negativa admiten ser infringidos mediante comisiones por omisiones o no; ¿tiene sentido una tesis que plantee desmerecer la categoría derecho, solo a merced de la faz negativa-subjetiva? ¿En qué categoría entrarían las omisiones de deberes de cuidado, o deberes de servicio, reconocidas doctrinaria y jurisprudencialmente por el derecho civil local? Si bien esta obra no pretende ahondar en temáticas punitivas, pareciera interesante el desarrollo de ciertas concepciones previas en torno a eso, relativas a lo que rodea el *principio de prohibición* mismo en filosofía del derecho. Un purismo privatista entraría no solo en conflicto con la noción de derechos sociales, sino también penales.

En torno a la “justiciabilidad”; si se asume que no existe diferenciación cabal de derechos propiamente positivos y derechos puramente negativos, tampoco existe una diferenciación total de derechos totalmente justiciables y no-justiciables. Dicho en términos dogmáticos, Abramovich y Courtis lo resumen en la siguiente frase: *“si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su justiciabilidad judicial en caso de violación”* (Abramovich & Courtis, 2002). Es un hecho, además, que cualquiera de nosotros pudiera alegar que los derechos sociales son parte de nuestro ordenamiento, porque el PIDESC es parte de nuestro ordenamiento... Entonces, ¿por qué nuestra constitución excluye de la acción de protección más tradicional, el derecho a la educación (entre otros) fuera de la ‘Libertad de Enseñanza’? ¿Acoge implícitamente nuestro ordenamiento la distinción inherente de obligaciones, a la hora de dar este trato? Abramovich y Courtis dan cita a un fragmento de Robert Alexy en torno al notable rol garantista que tendrían los tribunales constitucionales ante la levedad legislativa en estas materias. Para efectos meramente didácticos y de ilustración, se subraya la cita de Alexy en Abramovich y Courtis: *“Como lo ha mostrado la jurisprudencia del TC Federal Alemán, en modo alguno un TC es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la constitución”* (Alexy, 1993).

Entonces, en torno a la justiciabilidad, y analizando esto desde un país donde la ‘Corte Constitucional’ no adscribe totalmente (según se verá luego), en la actualidad, a la protección de los derechos sociales (o, a modo de contraste, donde el activismo judicial no es protagonista a la hora de cautelar derechos sociales; y la jurisprudencia –aparentemente- espera que, como cultura cívica, solucionemos esto a través de los mecanismos democráticos...), cabe preguntarnos legítimamente: ¿son los mecanismos judiciales los únicos mecanismos a través de los que podemos cautelar un derecho social? ¿los derechos sociales tienen un tipo de obligación y garantía correlativa, que pueden ser satisfechas solo a través de un amparo o acción judicial? La fuente positiva ‘natural’, para estos efectos, nuevamente se encuentra en el derecho internacional, y es ocupada por las distintas doctrinas para efectos de hablar de ‘niveles tipos de obligación estatal’, en relación con los derechos sociales. Expresamente, esto está contemplado en el

Artículo 11 del PIDESC⁴. Según Eide, y para efectos de este análisis, es necesario considerar que existen “*diferentes niveles de obligaciones estatales, que caracterizan el complejo que identifica cada derecho, independiente de su adscripción al conjunto de derechos políticos y civiles o al de sociales y culturales*” (EIDE, 1989). Hay, en resumen, obligaciones de ‘respetar, proteger y satisfacer’ (símiles de ‘no hacer, hacer y dar’); las primeras tendrían relación con ‘respetar’ la libertad de acción de cada individuo o colectivo, en torno a la satisfacción de estas necesidades; las segundas tienen relación con proteger a estos mismos sujetos de ser privados de ello, por terceros; y las terceras -que al mismo tiempo se pueden dividir en obligaciones de ‘garantía’ y ‘promoción’-, consisten en “*la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades*” (EIDE, 1989). Vale rescatar que este autor considera que dichos derechos naturales, pese a su categoría separada, están imbricados e interrelacionados. Señalando que los ‘derechos individuales van esencialmente interconectados con los derechos sociales’, en virtud de la norma internacional. Para esto, da cita al Artículo 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de Naciones Unidas, que dice: “*La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo*”. Una noción que no profundizaré, por lo ya analizado en la distinción con derechos civiles.

Así, en torno a lo complejo de la justiciabilidad, ¿qué sucede, entonces, con las acciones judiciales o amparos para efectos de los derechos sociales? Se mencionó, primeramente, los tipos de obligaciones estatales –doctrinarios y normativos internacionales- precisamente para dar respuesta a esto. La pregunta no es baladí, pues anticipa interacción de opuesto. Si fuese un consenso pleno que estas acciones son garantía de respuesta o tutela, se habría indicado así. Pero el tema es más intrincado, por dos motivos relacionados directamente con la investigación: en primer lugar, de rango normativo: El Artículo 20 de la CPR expresamente omite o no contempla ciertos derechos (como el derecho a la educación, del 19 N°10, por ejemplo); en segundo lugar, cabe la disyuntiva de que, entre los autores principales fuente de este escrito, hay tesis contrapuestas, esto es: en Abramovich y Courtis solemos encontrar un rotundo sí a la necesidad de tutela judicial de los derechos sociales; en Atria, por el contrario, esto se relativiza. Este escribano interpreta que esta disyuntiva tiene una explicación en torno a la ‘realidad nacional’ (evidentemente, Atria busca responder a las preguntas sobre los derechos sociales desde un país

⁴ “*Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan...*”.

cuya legislación considera precaria al respecto), pero también una relación estrecha con las distintas obligaciones estatales anteriormente nombradas, y bien, en esto pareciera tener mayores puntos a favor el dogmático nacional. Para efectos didácticos, se procederá a exponer ambas posturas, y luego detallar una conclusión al respecto:

- 1) Abramovich y Courtis, señalan expresamente que: *“Aunque un estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo; si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal ‘gozan de ese derecho’ (por ejemplo, del derecho a una alimentación adecuada y a estar protegido contra el hambre –art. 11.1 y 11.2 PIDESC-) como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del estado ante un eventual incumplimiento... Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar plenamente un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos, en alguna medida- el titular/ acreedor está en condiciones de ‘producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de obligación generada por su derecho’”* (Abramovich & Courtis, 2002).

En un tono de cierta aceptación de dudas razonables en torno al tema, o bien, ese olfato de todo buen jurista de saber que en consecución a afirmar algo ‘plenamente’, debe deslizar y hacerse cargo de las excepciones a su afirmación (consciente de que ningún tema es ‘pleno’ o irrefutable, para luego ratificar que ‘pese a ellas’, considera lo afirmado correcto), dichos académicos dan cita en el pie de página a la insigne obra de Alexy sobre derechos fundamentales, instalando la duda sobre lo recientemente afirmado: *“(...) Exigir estipulativamente poder de reclamo en todo caso de violación del derecho llevaría a conclusiones paradójicas; ninguno de los derechos estipulados en las constituciones de países occidentales reuniría esta característica. El derecho de propiedad, por ejemplo, que constituye la imagen o modelo alrededor de la cual giran las teorizaciones modernas sobre el derecho subjetivo, sufre restricciones en la posibilidad de reclamo cuando el que afecta el derecho es el estado; en la tradición administrativa continental, las sentencias contra el estado solo tienen efecto declarativo y carecen de ejecutabilidad. Puede enumerarse otras restricciones a la posibilidad de reclamo ante la afectación del derecho de propiedad: insolvencia del deudor, protección de los bienes del deudor por el régimen de bien de familia, situación de emergencia económica, etcétera...”* (Alexy, 1993).

- 2) Luego de exponer, en resumido detalle, las razones por las cuales algunos académicos se posicionan a favor en torno a la ‘justiciabilidad judicial’, Atria expresamente señala y se desmarca, diciendo así que: *“A mi juicio, esto es un serio error. Las diferencias en las formas institucionales de protección y realización de los derechos sociales y los derechos individuales son consecuencia de que mientras los primeros corresponden a una comprensión de la ciudadanía incompatible con el derecho liberal, los segundos son la manifestación más perspicaz del derecho liberal. Se sigue de esto que las formas tradicionales del derecho liberal no pueden contener a los derechos sociales. (...) El derecho liberal puede proteger lo que hoy se denomina “derechos sociales” con sus formas tradicionales de protección, pero al costo de transformarlos en derechos liberales. (...) Por esto me interesa distinguir la crítica a la comprensión actual de los derechos sociales hecha desde el concepto original (socialista) de derechos sociales, de otras críticas liberales a dicha comprensión”* (Atria, 2014).

La conclusión, entre estas dos posturas, da un tono de mayor relevancia a Atria, más allá de su desdén hacia las mismas ‘figuras liberales de cautela’. Esto obedece al propio análisis de Eide, y que también prosigue Abramovich y Courtis, en torno a las ‘obligaciones estatales’ subjetivas y normativas. Al respecto, es del todo evidente que las ‘garantías de satisfacción’ no son, en consecuencia y correlación inmediata y expresa, un derecho a obtener necesariamente una ‘acción judicial’ a su contenido. La misma obra de dichos autores, en cuestión, señala que la satisfacción posee distintas esferas, y bien, en muchos casos ellas pudieran responder a políticas públicas y no a derechos de tutela judicial. Lo cual recalca el mismo tenor literal del PIDESC, en su Artículo 2⁵. O sea, el Estado de Chile expresamente se ha comprometido a “adoptar esas medidas... progresivamente... (y) garantizar su ejercicio sin discriminación”. Es esta, a saber, la fuente de ‘derecho natural’ de los derechos sociales; ergo, la aseveración de que esas medidas necesariamente deben ser acciones judiciales es una interpretación plenamente doctrinal, o una reivindicación extensiva del tenor “garantizar el ejercicio”. Al respecto, y para estos efectos, se entiende que lo planteado por el PIDESC obedece a que dichos derechos se ejerzan sin ‘discriminación arbitraria’; en ningún caso, a que no se pueda dirimir entre distintos mecanismos de garantía; y bien, que además estos no puedan tener claros criterios de progresividad en consideración, como lo dice el mismo tenor literal de la norma.

⁵ 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a **adoptar medidas**, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a **garantizar el ejercicio** de los derechos que en él se enuncian, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Así reconocen, Abramovich y Courtis, que *“en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual... discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social.”* (Abramovich & Courtis, 2002). Estas acciones contra la discriminación existen en ordenamientos que omiten, precisamente, la cautela constitucional directa de los derechos sociales, como el Chileno; pero, como contrapartida a lo dicho, se debe recalcar que a nivel ‘educacional secundario’, son muchos los recursos donde se ejercen acciones dirigidas a evitar discriminación por razones de sexo, a lo largo de la historia (de sumo reconocimiento son ciertas acciones donde se garantiza el derecho a estudiar de estudiantes embarazadas, por ejemplo), cuya construcción es evidentemente un arquetipo de dedicación de litigantes con suma conciencia social y compromiso ciudadano; pero también fruto de una jurisprudencia que ha sabido ser cauta ante la evolución del derecho.

Más aún, si se analiza el PIDESC en busca de acciones concretas, no se encuentra mención alguna a la ‘supuesta garantía *per sé* a una acción judicial’; sino que, en su Artículo 14, se consagra solo el deber de los estados de “proveer planes de acción” (genéricos),... para cautelar garantías. Finalmente, los propios Abramovich y Courtis, terminan reconociendo las falencias de esas acciones judiciales como mecanismos tradicionales de cautela, y asumiendo que esto es una tarea de innovación procedimental en desarrollo: *“ahora bien, la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino que más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos. Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, la acción civil pública y los mandatos de seguridad brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos...”*. (Abramovich & Courtis, 2002).

Empero; si bien el enfoque metodológico presente busca guiarse por márgenes científicos estrictos (doctrina y norma), buscando depurarse de excesivas reflexiones historiográficas o –incluso– ficciones jurídicas, a favor de Abramovich y Courtis puede realizarse una contra-excepción, apreciando que en ambos procesos constituyentes chilenos recientes (2022 y 2023), se optó por una nomenclatura constitucional que diera cabida al amparo judicial de derechos sociales y culturales. Particularmente, el proyecto de constitución rechazado el 2023,

señalaba en su Artículo 109 que: *“Toda persona que sufra una vulneración de sus derechos fundamentales podrá recurrir ante los tribunales para obtener la protección de dichos derechos. La acción de tutela de derechos fundamentales es procedente respecto de cualquier derecho consagrado en esta Constitución.”* Por su parte, el proyecto del 2022 señalaba en su Artículo 119 que: *“Toda persona que sufra una vulneración de sus derechos fundamentales, causada por una autoridad pública o un particular, puede recurrir a los tribunales para solicitar la tutela de dichos derechos. La acción de tutela de derechos fundamentales es procedente para proteger cualquier derecho reconocido en esta Constitución”*. Así mismo, este proyecto rescataba la figura del “Defensor del Pueblo”, propuesta por Abramovich y Courtis, en sus Artículos 120 a 123: *“Existirá un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, denominado Defensoría del Pueblo. Su misión es promover y proteger los derechos humanos de las personas y grupos, garantizados en esta Constitución, los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile y las leyes, y colaborar en su respeto y garantía. En el ejercicio de sus funciones, el Defensor del Pueblo actuará con plena independencia y objetividad. (...) Corresponderá al Defensor del Pueblo...”*. Si bien es sabido que ambos procesos no fueron ratificados por la ciudadanía, no es menos cierto que ellos estuvieron integrados por miembros de las más diversas tradiciones político-jurídicas, y en ambas se coincidió en avances en torno a estructuras de justiciabilidad; uno de esos procesos, llamativamente, tuvo como partícipe al mismo Fernando Atria (quien, ya se dijo, es considerado acá en tanto Doctor, no dirigente político)... ¿Será esta interpretación o resistencia nacional al amparo judicial de derechos sociales, un asunto que no ha sido consagrado expresamente en el texto fundamental, pese a los consensos dirigenciales? ¿o es esto, en teoría pura del derecho, una simple anomia kelseniana, que ha sido rellena con metafísica, dada nuestra aún joven e incipiente democracia? El estado de incerteza post procesos constitucionales, pareciera no ayudar mucho a zanjar una postura final al respecto; a pesar de ello, estas breves y jóvenes palabras, pudieran aseverar -indudablemente- que: pese a que se reniega, el consenso en la materia existe.

Segundo capítulo. 2.1 Derecho a la educación en concreto y Libertad de Enseñanza.

A modo de exordio de este capítulo, y siguiendo el orden lógico que inspira, vale preguntarse ¿qué es el derecho a la educación? Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, se define así: *“Derecho fundamental que la Constitución atribuye a todos los ciudadanos encargando a los poderes públicos que lo garanticen mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”*. En tanto Derecho Fundamental, en nuestro ordenamiento constitucional ha sido tratado en el Artículo 19 N°10 y 11⁶. Tal como se señaló, se

⁶ “10°.- El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito

optó por la temática de educación superior precisamente por las omisiones en torno a ese mismo numeral. Vale tener presente que, en tanto derechos fundamentales, este ‘poder’ público –señalado previamente- garante del derecho a la educación, abarca dos aspectos: ‘Derecho a la educación’ en general y ‘Libertad de Enseñanza’.

Desde luego, y más en detalle sobre la normativa educacional fundamental, la noción de ‘poder habilitar establecimientos privados que funcionen con fondos públicos’, en distintos niveles de la educación, a juicio de Quezada, justifica la aseveración de que el Artículo 22 de la CPR también es normativa a considerar para definir lo relativo a educación en el ordenamiento constitucional⁷ (Quezada, 2020). Siguiendo lo planteado la ‘no discriminación’ es un aspecto importante de cautela reconocido por nuestro ordenamiento, y no menor en términos de lo que un derecho social incluso significa (v.gr: los derechos fundamentales son facultades de ejercicio ciudadano; empero, quienes son o no ciudadanos ha sido un tema de debate desde los albores de las civilizaciones). En torno a la titularidad de estos, se recalca por Quezada que un preso sigue teniendo derecho a la educación (pese a perder, por ejemplo, su derecho a voto habiendo sido condenado a pena de crimen por sentencia firme y ejecutoriada); y Aldunate insiste en que solo las personas naturales son titulares de estas ⁸ (Aldunate, 2003). Por último, en torno a este tema, nuestro legislador también menciona a la educación superior-universidades, en el Artículo 19N°12.i 5, a propósito de ciertas facultades para abrir canales de televisión, y los requisitos estrictos de los títulos de abogados y actividades universitarias destacadas, en el capítulo relativo a Poder Judicial y siguientes; además, en el Artículo 19N°16, en torno a la libertad de trabajo, se reconoce la posibilidad de que ciertos grados o títulos no sean expresamente otorgados por

para el ingreso a la educación básica. La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”. 11°.- La Libertad de Enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La Libertad de Enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna. Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.

⁷ 22°.- *La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.*

⁸ Para efectos del presente análisis, debo señalar que, habida consideración del PIDESc y desarrollo doctrinal, no existe certeza absoluta de esta titularidad, o bien, de que en conjunto a los ciudadanos también ciertos colectivos-grupos sociales, pudieran ser titulares de estos derechos (como es la mención de grupos indígenas en el PIDESc).

universidades, o sea, se da cabida-consagración a otro tipo de educación superior-no universitaria, cuyo paradigma práctico suelen ser los ‘centros de formación técnica’ o institutos profesionales.

Por otro lado, en torno a lo que la doctrina entiende por ‘derecho a la educación’, hay al menos tres juristas de relevancia que han sido consultados a la hora de buscar esta respuesta, y dos de ellos han insistido (Salgado y Atria) en que, previo a definir el asunto, se debe entender estrictamente que ‘esto –la norma constitucional vigente y su concepción- no es un derecho social’. Así, previo a plantearse un análisis del derecho a la educación, Salgado delimita que: *“No es difícil constatar que la educación, durante los treinta y cuatro últimos años, no funciona como derecho social. Esta afirmación puede ser más radical aún: el sistema educativo chileno se configura de manera opuesta a como debiera hacerlo un régimen que institucionaliza un derecho social”* (Salgado, 2015). Dos párrafos después, indica que esto *“implica rechazar la noción de los derechos sociales como derechos a un mínimo”*. Si bien esto último no es fruto de este acápite, su mención no es fútil, y obedece a una delimitación propia de la teoría de los derechos sociales, renegando del entendimiento liberal de este que sí comprende los derechos sociales como derechos a un mínimo (Atria, según se vio, suscribe a lo mismo). Alternativamente, dentro de la misma doctrina se puede encontrar otra manera de afrontar el quid del asunto, por parte del ex integrante de la comisión experta del proceso constituyente del 2023 y Doctor por la Universidad de Barcelona, Flavio Quezada, quien señala: *“Si bien este conjunto de normas ha dado lugar a una práctica social y jurídica, expresión del ideario neoliberal impuesto durante la dictadura cívico-militar, convirtiendo a la prestación educativa en un bien de consumo comercializado en el mercado educacional; la realidad es que, desde una aproximación estrictamente dogmática, no es la única opción constitucionalmente admisible... Por su parte, dicha aproximación debe considerar los instrumentos internacionales ratificados por Chile...”* (Quezada, 2020). Así, según la doctrina de Quezada, en líneas generales, el derecho a la educación en nuestro país es esencialmente un ‘derecho subjetivo’ a “medios adecuados”, para los fines promovidos por la educación (en esencia, la ‘promoción democrática, republicana y el desarrollo de toda persona’), los cuales son: *“Derecho y deber de acceder a prestaciones educativas que, en ciertos casos, debe ser gratuita; Derecho a mantenerse en el establecimiento educacional; Derecho a progresar en el curso formativo; Derecho a la titulación o certificación de la educación recibida; Derecho a la participación en el proceso de enseñanza-aprendizaje; Disciplina y prohibición de castigos físicos; No discriminación en ninguna de las posiciones subjetivas antes descritas”* (Quezada, 2020). En lo relativo a las convenciones internacionales, esto ha sido un punto clave, y obedece a lo que también Abramovich y Courtis entendían como el “derecho natural de los derechos sociales”. Si bien la prevalencia de las convenciones internacionales no es un punto que convenza a plenitud a

vuestro exponente, en términos de garantizar derechos fundamentales, su acepción es unánimemente tratada por la doctrina, y obedece más a una razón de dotar de delimitar dogmáticamente los parámetros de los derechos sociales, más que a un asunto de reivindicación de lógicas *ius-naturalistas* puras.

Por lo pronto, vale subrayar que el PIDESC trata esto en su Artículos 13 y 14 (siendo el primero más relevante, a la hora de hablar de educación superior)⁹. Específicamente, tal como se sostuvo, esta convención internacional (en aplicación del Artículo 5 de la CPR, su ratificación en 1972 y publicación en 1989), es parte de nuestro ordenamiento con ‘rango de ley’. Así, cobra sentido lo que resalta Quezada, puesto que, pese a que en la normativa local constitucional –por ejemplo– se omite la educación superior y su carácter gratuito, las normativas ratificadas por Chile a nivel internacional se comprometen expresamente a una implementación progresiva de la gratuidad universitaria. Esto, empero, ha sido relativamente aclarado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (desde ahora “TC”) como por Naciones Unidas, delimitando que el nivel gratuito corresponde a los servicios educacionales entregados por el estado (de manera obligatoria). Lo anterior será analizado en detalle en otro capítulo, en relación con el rol garantizador o no que juega la educación Estatal-pública en nuestro país, sin embargo, para estos efectos el propio Quezada, en alusión a la historia constitucional del país, señala que –aún en épocas que los derechos sociales no se instalaban como categoría ni de cerca– nuestro ‘pacto común superior’ o ‘Carta Magna’ ha dado siempre prevalencia al ‘rol de la Universidad Estatal’ (Quezada, 2020).

⁹ 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno **desarrollo de la personalidad humana** y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) **La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;** d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a **respetar la libertad de los padres** y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Por su parte, en torno a los principios del “derecho a la educación en concreto”, nuestra jurisprudencia, a razón de lo señalado por el TC en 2009, reconoce que el derecho a la educación implica un ‘derecho a la calidad’, esto es, a criterios de aceptabilidad y adaptabilidad; definidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la Observación General N°13, de 1999. Ergo, existe en nuestro sistema, desde el año 2006, un sistema nacional de aseguramiento de la calidad educacional con rango legal, cuyo foco principal ha sido prevenir tratos discriminatorios y contrarios a los principios ya anteriormente reconocidos por la CPR; un sistema que garantiza la ‘intervención estatal’ en el reconocimiento/autorización de la educación formal, siempre que se respete la ‘autonomía universitaria’. Curiosamente, y en lo que será tratado luego en torno a ‘la Libertad de Enseñanza y los aspectos mercantiles’ propios de este derecho, dicha jurisprudencia –local e internacional– ha sido enfática en señalar, en esos mismos documentos, que el estado no está obligado a financiar ni subvencionar entidades privadas. Empero, la financiación privada, anteriormente nombrada a raíz del Artículo 22 de la CPR, ha sido considerado, a juicio de Quezada, uno de los ‘medios’ con los cuales el estado, y en sujeción a las mismas resoluciones del TC, ha buscado dar garantía a esa faz gratuita de la educación. Sin embargo, esa precisión sólo tiene ‘rango administrativo’ y, en ningún caso, delimita u obliga fundamentalmente al estado a financiar privados en educación. Al menos no en el tenor de lo dicho el año 2015 por el TC. Por lo mismo, en torno a principios y contingencia educacional (en que una ex Ministra de Educación es cuestionada públicamente por recibir ‘sobresueldos’ en una universidad privada, sin siquiera haber asistido a clases), tanto lo señalado por la jurisprudencia del TC como lo recalado por Quezada conducen a inferir que: *“Esos recursos están afectos exclusivamente a financiar la provisión de educación, es decir, solo pueden ser utilizados para fines educacionales”* (Quezada, 2020). En aras de las mismas obligaciones estatales (suscitadas a la hora de explicar la faz específica obligacional de los derechos sociales), nuestro legislador y jurisprudencia dan cabida a la garantía de ‘respeto’ (no prohibiendo la educación privada, por ejemplo) y ‘satisfacción’ (a través de regulaciones públicas), en torno a las providencias obtenidas fruto de este derecho subjetivo a la educación.

Por último, otra acepción de este derecho es la prohibición de la regresión, expresada en el PIDESC así: *“ (...) Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de derechos previstos en el pacto y en el contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el estado parte”*.

2.2. Libertad de Enseñanza.

Continuando la narrativa, y analizado el ‘derecho a la educación en general’, conviene delimitar su otra faz constitucional y dogmática: la ‘Libertad de Enseñanza’. Según el Diccionario Panhispánico del Español jurídico, esta se define así: *“un supraconcepto... comprensivo de la libertad de cátedra, de la libertad de creación de centros docentes y del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos. Igualmente ampara la posición de toda persona que quiera dedicarse a actividades de enseñanza no incluidas dentro del sistema educativo español y, por tanto, no conducentes a la obtención de títulos oficiales, siendo en ese ámbito una variante de la libertad de expresión”*. En nuestro ordenamiento constitucional está contenido en el Artículo 19Nº11. Tanto nuestro TC (STC 102-90), como la doctrina de Quezada, en cuanto a su titularidad entienden que es ‘un derecho que se reputa tanto de las personas naturales como jurídicas’ (particularmente, civilmente se ha defendido específicamente lo relativo a ‘personas jurídicas sin fines de lucro’, como ya veremos). Las manifestaciones básicas de este derecho, según Quezada, serían: *“derecho de fundación de establecimientos privados; el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional de sus hijos; libertad de cátedra; autonomía universitaria”* (Quezada, 2020). Tal como se señala, este derecho obedece a una faz primaria de las obligaciones correlativas del estado en cuanto a convenciones internacionales y garantías fundamentales relacionadas con el derecho a la educación; en su faz más primitiva, implica una garantía de respeto y no intervención; o sea, dice Quezada: *“no implica ninguna obligación estatal de financiamiento, sino una libertad negativa a que el estado no cierre arbitrariamente un establecimiento y a que permita su existencia siempre que respeten las normas que lo regulan”* (Quezada, 2020).

Puntualmente, en torno a una de esas columnas específicas de la Libertad de Enseñanza, la ‘autonomía universitaria’; a juicio del TC (STC Rol N°523-07), esta consiste en tres aspectos esenciales e interrelacionados: ‘académico’ (potestad para determinar la forma en que deben realizar sus funciones fundamentales de docencia), ‘económico’ (potestad de determinar la forma en que se distribuye el presupuesto para cumplir sus ‘fines esenciales’) y ‘administrativo’ (facultad para organizar su funcionamiento interno de manera eficiente). Según el PIDESC esta es: *“es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior...”*. Ella, además, admite diferentes intensidades, según la naturaleza de origen que tienen las distintas universidades, según el propio TC¹⁰. Tal como evoca el precepto literal del Artículo 20 de la CPR, este derecho a la Libertad de Enseñanza –a diferencia de la educación en general-

¹⁰ *“Existe una autonomía que ha de ser reconocida en función de la naturaleza de la Universidad, de su trayectoria histórica, del periodo por el cual está acreditada, por la envergadura de su aporte científico y cultural y por un conjunto amplio de otros criterios que permitirían juzgar la profundidad que el legislador le confiere a tal reconocimiento. Esa autonomía universitaria admite intensidades diversas que necesariamente se manifiestan en el caso particular de cada Universidad”* (STC 2252-13).

sí está contemplado en la acción de protección; además, es tutelado por el TC; también por ‘reserva legal’, remitiendo lo sucesivo a reconocimiento oficial de establecimientos. Por cierto, los límites formales constitucionales a su ejercicio son los siguientes: moral, buenas costumbres, orden público, seguridad nacional y no instrumentalización político partidista (Quezada, 2020).

En resumen, el sentido eminente u original del ‘derecho a la Libertad de Enseñanza’, radica en que este derecho hizo posible la libertad de elegir de los padres, puesto que permitía a los particulares establecer proyectos educativos diferenciados de los netamente estatales (Salgado, 2015). Por otro lado, el ‘derecho a la educación’ responde a un fenómeno más general o abarcador, que incluso puede contener a la Libertad de Enseñanza misma. Es decir, se trata esencialmente de una práctica mediante la cual la comunidad se reproduce a sí misma, por lo que no se puede fundar en un interés puramente individual. En perspectiva, uno supondría un acceso igual a una experiencia común -en cuanto miembro de una comunidad, nación, etc.-, mientras que otro representaría una oportunidad también igual de expresar y reproducir las experiencias familiares (Peña, 2015).

2.3 Derecho social a la educación; delimitaciones previas.

Enhorabuena, se llega a uno de los meollos de esta investigación: el “derecho social a la educación”. El camino a analizar esta noción ha ido, necesariamente, acompañado del delimitar sus dos rasgos dogmático-normativos: el derecho a la educación propiamente tal (y sus variantes), y los derechos sociales. Tanto para efectos ilustrativos y expositivos, como para explicar y/o argumentar lo que se entiende en el presente desarrollo como ‘derecho social a la educación’.

Teniendo presente todo lo dicho, vale enfatizar en algo ya someramente mencionado, y no menos significativo cuando se tratan las críticas en el asunto. Quienes -desde la doctrina constitucional- han negado tajantemente la noción de derechos sociales a la educación en nuestro ordenamiento, lo han hecho precisando -muy analíticamente- una exclusión cabal de otras miradas de los derechos sociales, en tanto mínimos, propias de ciertas corrientes liberales socialdemócratas; dice, así, Salgado, a la hora de exponer sobre derecho a la educación, que: *“Desde el 2011 y en adelante, hemos comprendido que un mínimo de provisión no es suficiente para ver satisfecho el derecho a la educación. Porque la idea de derechos sociales no es la de mínimos sociales que nuestro sistema educativo configura. Por eso, de nada sirve decir que el gasto social en educación ha aumentado progresivamente a lo largo de los años y que por ejemplo, entre 1999 y 2013, el gasto en subvenciones escolares se ha cuadruplicado y*

que el gasto en educación superior, hacia el 2013, sea seis veces superior al de 1999. No sirve porque se sigue tratando de mínimos, solo que más altos... Porque cuando se trata de derechos sociales no es la pobreza sino la desigualdad la consideración relevante. De ahí que el derecho a la educación se vea afectado cada vez que alguien compra una educación de mejor calidad. El derecho a la educación entendido como un verdadero derecho social nos exige que este aspecto esencial de nuestro bienestar como ciudadanos no esté sujeto al mercado, no solo para los más pobres sino para nadie” (Salgado, 2015). Esto ya fue señalado en lo tratado por Atria, en la delimitación propia de la teoría de existencia o no de los derechos sociales, en tanto derecho subjetivo (y sus manifestaciones liberales, socialdemócratas y socialistas). Me remito por sabido a ello; no obstante, menester es subrayar que, a juicio presente, la noción mixta de los derechos sociales implica, necesariamente, asumir que existen, existieron y existirán distintas formas, versiones y facetas de los mismos. No se considera una materia esencial del debate la delimitación del aspecto estructural, *per sé*, para efectos de un derecho social, pues, según lo visto, el asunto sobre su justiciabilidad es un debate complejo no menor. Además, para cualquier efecto positivo, la fuente inexpugnable de los derechos sociales es el PIDESC que, particularmente, sí se podría entender como un derecho a mínimos humanos básicos (que, en la norma, versan sobre la ‘erradicación de hambrunas’) no regresivos, inalienables e imprescriptibles.

Para los efectos presentes, se entenderá la caracterización o no de un derecho social parte de constatar empírica y sustancialmente los aspectos ya señalados, fundamentalmente en torno a las obligaciones y convenciones internacionales, fuentes inexpugnables de derechos sociales, económicos y culturales¹¹, no en cuanto exclusión de ‘mínimos’.

2.4. Derecho social a la educación propiamente tal.

Volviendo al meollo del capítulo, se puede delimitar este derecho subjetivo social-fundamental a la educación, siguiendo lo definido por Atria, en torno a los ‘principios’ del derecho social a la educación: (i) su provisión sirve al interés del ‘ciudadano’, (ii) el ciudadano tiene un derecho esencial e inexpugnable a la provisión y (iii) las condiciones de acceso a la provisión son fijadas

¹¹ Por lo mismo, no existe una caracterización férrea, plena o pétrea, sino –usualmente- ciertas existencias matizadas de un derecho o no. Dado, además, que la doctrina mayormente suscitada –fuera de Quezada, quien, de hecho, se pronuncia en el tema en un manual y libro escrito por Salgado (asumiendo, eventualmente, quizás, que sus criterios podrían haber evolucionado; y que Salgado, además, colabora en este asunto en una obra de Atria, demostrando cierta línea o coherencia investigativa)-, se menciona nuevamente que no es intención de esta investigación, ni su tema relevante, explicar lo que ‘no es’ un derecho social, sino positivamente lo que sí es; de otra manera, el enfoque investigativo ya ha asumido, previamente, y de manera precisa, una conceptualización propia de los derechos civiles, educación de mercado y demás; pese a que, tal como se ha analizado en términos de obligaciones y convenciones internacionales, se considera el respeto a la provisión privada –incluso- un aspecto esencial de los derechos sociales. No obstante, y sólo en aras de dotar de actualidad la discusión y el enfoque, se culminará precisando ciertas nociones mercantiles particulares en torno al Crédito con Aval del Estado, en otro capítulo.

de manera universal (Atria, 2014). Por cierto, el mencionado diccionario del español jurídico no ofrece definición al respecto.

Dicho acápite doctrinal se encuadra plenamente en torno al PIDESC y las garantías ratificadas por el Estado de Chile. Además, Atria suscribe que uno de los paradigmas de expresión paulatina de este derecho, se ubica en cierto linde de la educación superior: *“el régimen bajo el cual hoy existen las universidades del Consejo de Rectores se acerca bastante al régimen de los derechos sociales (sin fines de lucro y sin selección en términos unilaterales)”* (Atria, 2014).

En distinto ámbito, una noción del ‘derecho social a la educación’ puede desprenderse de las postrimerías mismas de su crítica privatista (contra la existencia de los derechos sociales; que se mencionó como una expresión de la negación en base a la faz negativa/positiva de los derechos, esto es, la ‘escasez’). Si se asume –como construcción desde esta réplica- que la proposición de que un derecho sea sensible a la ‘escasez’ no es determinante a la hora de negar su legitimidad y existencia, dado que –en esencia- todos los derechos son sensibles a la ‘escasez’ de recursos, en una realidad donde ningún recurso es infinito, se puede re-conceptualizar su noción como deber estatal de responder a una obligación –*in ovo*- desde la ‘escasez’; así, dice Atria: *“los derechos sociales son un modo alternativo de enfrentar la escasez, y entonces pueden ser entendidos no como derechos a prestaciones específicas y determinables con anterioridad, sino como un criterio de distribución de los recursos disponibles. Si la educación, por ejemplo, es un derecho social, determinar cuáles son los recursos que han de ser destinados a ella es una cuestión de decisión pública, y dichos recursos han de distribuirse entre todos conforme a un criterio de ciudadanía... Afirmar que algo es un derecho social no implica sostener que no es escaso, sino que, como aquello que es escaso es parte del contenido de la ciudadanía, su distribución debe ser igualitaria entre todos los que tienen derecho”* (Atria, 2014). Ergo, en virtud de esta noción, bien puede recalarse que el derecho social a la educación es ‘un derecho a la prestación educacional –esencialmente escasa, y por lo mismo garantizada y protegida, esto es, no fruto de mero desiderátum- en base a la calidad de ciudadano’.

En sintonía con lo ya analizado, existe una noción ‘plena’ -a la que no se adscribe- de que los derechos sociales son derechos a un aparataje institucional específico, anti-mercado y excluyente de cualquier raigambre privatista. Para profundizar dicha posición, Atria y Salgado dan cita a Marshall, señalando que: *“la obligación del estado es hacia la sociedad como un todo, y el remedio en caso de incumplimiento está en el parlamento o en las autoridades locales. No es una obligación hacia ciudadanos individuales, que tendrán un remedio en la forma de una acción judicial o cuasi-judicial. La mantención de un*

balance adecuado entre estos elementos colectivos e individuales en relación a los derechos sociales es una cuestión de vital importancia para un Estado socialista democrático”. (Marshall, 1950). Insistiendo que: “los derechos sociales son ideas cuyo sentido profundo no está en la teoría normativa, sino en la configuración de instituciones de ciudadanía. Por eso, en lo que resta de este libro estaremos discutiendo sobre instituciones no sobre teorías. Nuestro tema será no el contenido abstracto de los derechos sociales, sino las formas institucionales que realizan o niegan su dimensión de ciudadanía” (Atria, 2014). Ideas contrarias que, aparentemente, defenderían solo los ‘falsos progresistas de los derechos sociales’ (en esa variante específica no me detendré a desmenuzar, ya que esa constante negación del contrario es fruto de cierta analítica episteme académica, cuya forma no comparto ‘de pleno’). Más allá de esto, la noción de socialismo democrático no es simple de abarcar, y bien hubiese requerido el análisis concreto –por ejemplo– del programa político de la Nueva Mayoría, o las reformas propuestas por Salvador Allende en Chile; vale decir, brevemente, que el socialismo democrático no es netamente un concepto mixto, pero históricamente ha sido una posición defensora de los derechos sociales en la lógica comentada y, por lo mismo, un tanto aminorada por socialismos clásicos ^{12 13 14}.

De tal guisa, la problemática de definir así el derecho social a la educación, como un derivado de ciertos arquetipos institucionales, no solo es contradictorio con gran parte de la doctrina –anterior y actual a esas posiciones, como Abramovich y Curtis o Quezada–, sino también es engañoso (a juicio de quien escribe); la posición se sustenta en denunciar un engaño para ocultar otro engaño, aduciendo de ocultamiento a quien rechaza tu postura; ergo, lo sostenido no es una

¹² “Die dritte Klasse endlich besteht aus demokratischen Sozialisten, welche auf demselben Wege wie die Kommunisten einen Teil der in Frage [18] angegebenen Maßregeln wollen, aber nicht als Übergangsmittel zum Kommunismus, sondern als Maßregeln, welche hinreichend sind, um das Elend aufzuheben und die Übel der jetzigen Gesellschaft verschwinden zu machen. Diese demokratischen Sozialisten sind entweder Proletarier, die über die Bedingungen der Befreiung ihrer Klasse noch nicht hinreichend aufgeklärt sind, oder sie sind Repräsentanten der Kleinbürger, einer Klasse, welche bis zur Erringung der Demokratie und der aus ihr hervorgehenden sozialistischen Maßregeln in vieler Beziehung dasselbe Interesse haben wie die Proletarier. Die Kommunisten werden deshalb in den Momenten der Handlung sich mit diesen demokratischen Sozialisten zu verständigen und überhaupt mit ihnen für den Augenblick möglichst gemeinsame Politik zu befolgen haben, sofern diese Sozialisten nicht in den Dienst der herrschenden Bourgeoisie treten und die Kommunisten angreifen. Daß diese gemeinsame Handlungsweise die Diskussion der Differenzen mit ihnen nicht ausschließt, ist klar” (Brunner, 2004).

¹³ “But it cannot be denied Engels himself has, in one of his last publications, expressly stated that Marx and he in 1848 and 1849 greatly over-estimated the state of industrial evolution attained. They believed the breakdown of bourgeois civilization within hail, if, however, to be worked out in a prolonged series of revolutions. And in their over-estimation of the actual state of social evolution, they did not materially differ from other Socialists of the time.” (Here I gave one example, and then I added): “But we have to distinguish between the social and historical doctrines of Marx and their practical application. In appreciation of actual facts we are always subject to error, and may have continuously to correct ourselves, whilst our theory holds good all the time.” (Bernstein, 1897).

¹⁴ “Pero si el capitalismo continúa funcionando normalmente e incluso aumentando el nivel de vida de sus clases trabajadoras, éstas pueden llegar a convertirse en una parte del sistema capitalista en un sentido diferente y positivo. Ya en 1858 Engels llamó la atención sobre el “aburguesamiento” (Ver-bürgerlichung) del proletariado en Inglaterra (6), y en 1884 formuló la siguiente conclusión: mientras el proletariado no esté todavía maduro para su autoliberación, la mayoría del proletariado verá en el orden social establecido el único orden posible y constituirá, políticamente hablando, «la cola de la clase capitalista, su extrema ala izquierda- (7). Solamente una crisis virtualmente permanente podría mantener la lucha de clases en un estado agudo y conservar viva la conciencia de clase proletaria en contra del sistema capitalista como su “negación absoluta” (Marcuse, 1969).

reivindicación de una faz institucional de los derechos sociales, sino de ‘ciertas’ instituciones (lasc contrarias); incluso, aludiendo al mismo Marx y las concepciones originarias del derecho socialista, resulta del todo reduccionista; en concreto, es un reducir estético, asumir el contenido socialista basado en los ‘intereses de clase’, comunitarios y obreros (intereses no estéticos ni basados en una estructura, sino en la ‘superestructura económica’), como fuente de origen a un derecho a ‘ciertas instituciones’; en lo estrictamente jurídico, resultaría del todo paradójico asumir la concepción de los derechos sociales en términos de una respuesta a la escasez de recursos, o de vaivenes críticos como es el problema de escasez de alimentos y hambrunas tratados en el PIDESC, como un derecho que anteponga ‘ciertas instituciones’ por sobre el ‘interés’ social; y un tanto descabellado, o poco meticuloso, asumir que todos los esfuerzos sociales en educación (incluso, los esfuerzos por una ley que expresamente defiende la “gratuidad universitaria”), son menos derechos sociales solo porque se plantearon en lógica de convivencia con el libre-mercado, la propiedad privada y entidades institucionales clásicas. Por lo mismo, es curioso que quienes se sitúan en dicha tesis, se defienden señalando estar situados entre ‘dos ortodoxias’, la ‘neoliberal’ y la ‘ortodoxia marxista’; fuera de una posición que, desde la ortodoxia e inflexibilidad misma, y la incluso expresa negación de cualquier faz dúctil del derecho, invalida cualquier terminología de derecho social mientras no se acerque a la propia. Incluso, si el asunto obedece a tener como propia fuente de interpretación de este término la historia y no lo ‘estrictamente jurídico’, procede recalcar que la historia y momento de aprobación del mismo PIDESC se sitúa en plena guerra fría, con dos ortodoxias antagónicas en su máximo esplendor, a la que se responde con una convención que delimita marcos mínimos de los derechos sociales, no negando las otras posturas liberales de los mismos, sino fijando esos renegados ‘mínimos comunes’.

Pese a ello, y a modo de acotación: con todo lo expuesto, pareciera que vuestro redactor reniega de una institucionalidad democrática nacional donde los derechos sociales sean garantías fundamentales y derechos específicamente reconocidos por la Constitución; eso, sinceramente, no es así. Por el contrario, en la misma línea que Abramovich y Courtis, se reconoce que en esencia no es el Poder Judicial el encargado de delimitar ni definir políticas públicas; pese a ello, ante la ausencia de estas, sí es el órgano encargado de reivindicar su esencia (Abramovich & Courtis, 2002). La defensa de contenidos no es menos reivindicable. Así, se concluye, los esfuerzos soberanos por avanzar en leyes sociales mínimas tampoco lo son.¹⁵

¹⁵ Y por mucho que no exista ese ordenamiento plenamente garante (como la Constitución Alemana) asumir que toda postura que defienda los mínimos de existencia o prevalencia atenuada de los derechos sociales está errada, resulta un exceso. Ergo, y a modo de síntesis del asunto, se rechaza la noción del derecho social a la educación como

2.5. Derechos sociales y gratuidad. La ‘Libertad de Enseñanza’ concebida como libertad de emprendimiento.

Luego de las premisas establecidas, tocará precisar aún más en la concepción educacional local; esta posee nociones distorsionadas -visto desde los anteceditos marcos mínimos- en torno a la educación, particularmente en torno a la ‘Libertad de Enseñanza’, sus interpretaciones y las formas de expresión de lo ‘gratuito’ en educación superior. Ella, sucintamente, no consiste en asumir la menor relevancia del ‘derecho social a la educación’, sino aceptar que su existencia goza de figuras anómalas, torcidas y desapegadas a la propia normativa constitucional e internacional.

En efecto, inferir que mercado y derechos sociales no sean antípodas, no implica rebatir que, a raíz de las coberturas sociales, de manera sigilosa, engañosa y antidemocrática, se legitime un sistema que, bien no niega el derecho social a la educación, instaaura difusamente el irrisorio derecho de intermediación comercial de este (no privada, comercial; para esto, téngase por sabidas las consideraciones de fondo y forma entre el Código de Comercio y el Código Civil, sobre todo en lo que a derechos, intermediación y lucro se refiere), a la luz de re-interpretaciones constitucionales que nada tienen en común, y negando con un ‘contra-activismo judicial’, las voluntades soberanas y populares que -legítima y democráticamente- se le sitúan en contra.¹⁶

Tercer capítulo: 3.1 Aspectos concretos relacionados a Derecho a la educación y su concepción desde los derechos sociales.

Tal como sugiere el encabezado de este capítulo, esta parte se abocará a cuestiones estrictamente positivas-concretas, es decir, de normativa legal y tenor administrativo. Hasta el momento se han analizado normas constitucionales, internacionales, proyectos constituyentes y doctrina relativa a

un derecho a una institucionalidad específica, en atención a subrayar su contenido, la mixtura filosófica del término y lo dicho en el PIDESC. Nada de esto obsta a desconocer que, pese a no pronunciarse expresamente, los autores en cuestión pudiesen tener nuevas interpretaciones del asunto institucional, luego de dos procesos constitucionales fallidos, que se expresa en dar cabida a cierto lugar en sus manuales de Derechos Fundamentales, a ciertas posiciones doctrinales que analizan el asunto desde un foco más amplio. Aquello no es solo fruto de la ductilidad eminente del propio derecho, sino del inherente componente dialéctico que subyace en todo asunto científico-social.

¹⁶ Por ello, Atría tiene razón en sustentar que la demanda social de fin al lucro es un contra-paradigma. Y no es baladí que Abramovich y Curtis no ahonden en esto; la intermediación comercial como garantía fundamental en la cobertura de derechos sociales no es ni siquiera un derivado del PIDESC, ni fuera de la doctrina y jurisprudencia, sino un pleno ‘invento’ local de la mercantilización chilena de la educación (Bellei, 2015). En esto, no solo el mismo ordenamiento jurídico, y los matices forzados con que se debieron plantear las reformas educacionales recientes, admiten críticas; sino también títulos ejecutivos específicos, como los pagarés del CAE, y la indirecta subvención del estado al negocio privado educacional. Puesto que el prisma fundamental del sistema nacional no es, fundamentalmente, la negación de la educación superior como un derecho social, sino la reivindicación oculta del mercantilizar dicho derecho. En otras palabras y ámbitos, un defensor del ordenamiento local podría afirmar, con plena cordura, que el problema no es dar respuestas al hambre mundial, sino que esas respuestas no las brinda McDonald.

la educación y derechos sociales-subjetivos. Todo ello, con el fin de exponer y ordenar la discusión, en torno al derecho a la educación, pero también en correlación a una de las hipótesis originarias de este desarrollo: ¿Existe o no en Chile la educación como derecho social? ¿Qué dice la ley reciente? Y, tal como también se ha mencionado, uno de los aspectos claves en este análisis lleva relación con los recientes avances legislativos en la materia; en particular, con la Ley 21.091, o bien, también conocida como “ley de gratuidad universitaria de Michelle Bachelet”. Previo a proceder, conviene resaltar que es el mismo mecanismo de garantías sociales, contenido en el PIDESC y demás normas, el que mandata la creación de un ‘sistema de normas y reglas claras, que permitan la consecución de los fines propios de la educación’ (en su esencia, el ‘desarrollo humano’). Dice así, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que: *“los estados partes han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo, estén orientados a los objetivos definidos... Asimismo, tienen la obligación de establecer y mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos que se exponen en el párrafo 1 del Artículo 13...”*. Este mandato a la creación de normas garantes en educación es un criterio compartido también por la doctrina de Quezada, a saber: *“Para que la educación reconocida oficialmente cumpla con los fines de la educación, la Constitución establece que el legislador orgánico dispondrá los requisitos del nivel básico y medio, como un conjunto de normas generales y objetivas que regulen dicha provisión... De este modo, se habilita al legislador para que cree un sistema que determine aspectos medulares de lo que enseñe en la educación formal de dichos niveles. Esto se encuentra regulado en la LOC respectiva, que establece un conjunto de objetivos fundamentales para cada nivel, los cuales son desarrollados reglamentariamente, en las bases curriculares, que delimitan el ámbito en el cual pueden establecerse planes y programas propios de cada establecimiento educacional”* (Quezada, 2020)

Con base en lo señalado, no se debe olvidar que se ha discutido si en nomenclatura constitucional conviene hablar ‘de pleno’ si existe o no un derecho social a la educación en Chile; sin embargo, las omisiones de la misma norma y las referencias a las reservas legales, invitan a ser cautos en cuanto a la reafirmada cabal inexistencia (de derechos sociales nacionales) tratase. Con todo, es cierto que ‘activamente’ la constitución no defiende la educación como un derecho social; y, en parte, que esto hace muy difícil hablar de un derecho fundamental-social a la educación; por otra parte, no se es menos minucioso al señalar que la construcción en base a convenciones internacionales y el Artículo 5 CPR, sumado al mandato legal –y la sucesiva y en análisis creación de leyes sociales educativas-, llevan a admitir una existencia al menos ‘tenue’ del mismo derecho social.

A modo de colofón, y en torno a la suscitada obra de Atria sobre derecho social a la educación, en su ‘contexto’ destaca que ella se terminó de escribir y publicar mientras esta “ley de gratuidad” era recién un breve intento de tramitación, resignificado y reivindicado por el proyecto de gobierno de la ‘Nueva Mayoría’ (el año 2014; y la ley entra en vigencia en 2018). Sin embargo, sus capítulos finales son ejemplificadores tanto de un apoyo al contenido de esta reforma, como a –paradójicamente– ciertas lógicas de un ‘mínimo de los derechos sociales’; al menos a un mínimo menos regresivo, que el otro mínimo¹⁷.

3.2 Análisis Ley 21.091 sobre Educación Superior: mensaje presidencial, historia, antecedentes y objetivos.

De forma pormenorizada, el mensaje de dicho proyecto, de 4 de Julio de 2016, enviado a la Cámara de Diputados, es bastante clara en su exposición de antecedentes, y va -preliminarmente- en la misma senda epistemológica aquí tratada¹⁸. Pese a ello, y como fruto de la curiosidad investigativa, resulta llamativo que, pese a que podríamos considerar desde ya que este proyecto busca desarrollar –a lo menos- un derecho social a ‘un mínimo’, en ninguna parte del proyecto, ni del mensaje, se alude al tenor de “derecho social”. Un asunto que, se intuye, responde más a tácticas políticas, en aras de lo estigmatizada que está la noción y su no-distinción con el “derecho socialista”, más que a una ‘des-socialización’ de la educación.

Esta ley se hace cargo de señalar en sus fuentes historiográficas, brevemente, la historia educacional de Chile¹⁹. Por otro lado, en sus antecedentes busca hacerse cargo de debilidades

¹⁷ “Cuando la pregunta es: ¿es este un sistema de educación gratuita? La respuesta es: en el sentido políticamente relevante, sí, porque descomodifica. Claro, en el sentido mágico, que trata a la educación como maná que cae del cielo, no es gratis ni podría serlo, por la sencilla razón de que la educación no cae como maná del cielo. La propuesta que estamos explicando asume que es necesario pagar por educación, porque la educación requiere recursos. Pero en el sentido políticamente relevante, que la educación deje de ser un bien que se distribuye con la lógica desigual del mercado y pase a distribuirse con la lógica ciudadana de los derechos sociales, sí lo es” (Atria, 2014).

¹⁸ “El presente proyecto se formula desde tres ejes conceptuales, los que constituyen las bases para la construcción de un sistema de educación superior... El segundo eje, corresponde a la equidad e inclusión, haciéndose cargo del hecho de que los talentos están igualmente distribuidos entre toda la población, que estos son necesarios para la construcción de la sociedad y que la diversidad social y cultural que aporta la inclusión constituye un ingrediente esencial en la construcción de la democracia. Es decir, todos somos necesarios. Este objetivo se aborda avanzando hacia la gratuidad de la educación superior estableciendo un camino definido con arreglo a las capacidades del país. Este proyecto elimina así las barreras financieras que tradicionalmente han discriminado a los sectores de nuestra población de menores recursos. Pero, también, todos somos conscientes que existen otras barreras, como, por ejemplo, los sistemas de acceso que reproducen las desigualdades socioeconómicas, arrastrando las desigualdades de la educación escolar. Estas características del sistema han postergado el acceso real a las oportunidades de desarrollo personal, perpetuando de paso una sociedad segregada... La educación es un derecho fundamental, tiene un valor público innegable y está en la base de una sociedad más justa, democrática y participativa. Es necesario alinear el proceso educativo con el deseo de formar ciudadanos más libres y creativos, más solidarios e integrados en una sociedad justa. Este es el país que soñamos, y el vehículo para llegar a ese puerto es una mejor educación en todos sus niveles.” (Ley 21.091).

¹⁹ “A partir de 1981, la dictadura militar impulsó una contrarreforma que cambió nuevamente el rumbo del sistema de educación superior, reemplazando el rol central del Estado en la dirección y supervisión del sistema por los mecanismos de mercado, impulsando un proceso gradual y sostenido de aumento de la participación privada en la educación superior... A nivel de las instituciones, una de las primeras acciones fue la intervención de las universidades y la designación de rectores delegados, seguidas del desmembramiento de las dos universidades estatales y sus respectivas sedes a lo largo del país (Universidad de Chile y Universidad Técnica del Estado), dando origen a ocho universidades derivadas y cuatro institutos profesionales autónomos, que posteriormente se transformaron en universidades. A este desmembramiento también fue sometida la Universidad Católica, transformando sus sedes regionales en 4 nuevas universidades,

institucionales, tales como la falta de fiscalización en torno a la consecución de fines estrictamente educativos, en su página 7²⁰. También es crítica en torno a la inequidad y la pérdida de protagonismo de la Universidad Estatal (la que, sabemos, a la luz del PIDESC y doctrina, es la indudablemente llamada a garantizar cobertura gratuita a la educación superior)²¹. Así mismo, en su página 9, esboza afirmaciones en lo relativo al sistema de financiamiento, que no hacen más que confirmar la posición de estar a favor de ‘derechos sociales’, sin necesariamente decirlo²².

A modo de sugerencia, y acotado al análisis estrictamente legal, cabe señalar que su tenor pudiera conducirnos a una hipótesis que merece otro apartado, y fue analizado ya de en extenso por Abramovich, Curtis y Atria, en torno a si: ¿es necesaria la nomenclatura del ‘derecho social’, para defender su contenido? ¿Qué defendemos, realmente, cuando nos ceñimos en argumentar por la estructura normativa y obligacional tradicional de los derechos sociales? ¿O de defender solo un término (el “estado social”) antes que su contenido? En ello no me detendré, más que para anunciarle; de cualquier manera, si consideramos -anticipadamente- que este proyecto es una importante innovación en ‘derechos sociales’, la no adscripción a una terminología puede inferirse irrelevante (lo que no implica que sea relevante de estudiar, desde luego, en aras del

profundizando así la atomización de la educación superior del país. Se impusieron severas restricciones a la autonomía académica, y a la gestión financiera y administrativa. El número de estudiantes matriculados en educación superior se redujo en un quinto... El esquema de financiamiento fue modificado sustancialmente, transitando desde un sistema unitario y basal a otro diversificado y competitivo (Salazar y Leiby, “El Manual Invisible: tres décadas de políticas de educación superior en Chile (1980-2010)”, 2013), consolidándose de esta forma un sistema basado en aranceles definidos por cada casa de estudios, apoyado con ayudas estudiantiles tales como becas y créditos. Este nuevo esquema de financiamiento del sistema contribuyó a la proliferación de instituciones privadas, las que respondieron a las demandas de sectores emergentes a través de una fuerte diversificación de proyectos institucionales y una diferenciación de tipos de instituciones [Centros de Formación Técnica (CFT), Institutos Profesionales (IP) y Universidades]... Tras el retorno a la democracia, las políticas en educación superior, impulsadas por la Concertación de Partidos por la Democracia, buscaron elevar los niveles de exigencia en materia de fiscalización y aseguramiento de la calidad, pero en un marco de claras insuficiencias en las facultades que otorga la ley y en la inexistencia de las instituciones necesarias para ello” (Ley 21.091).

²⁰ “Por otra parte, el sistema de control de las normas y, en particular, el resguardo de la fe pública en el uso de los recursos públicos, son claramente deficitarios. Este asunto ha cobrado relevancia en relación con el hecho de que la legislación prohíbe el lucro en las universidades, pero existe una percepción generalizada que en muchos casos no se cumple, lo que motivó dos comisiones investigadoras de la H. Cámara de Diputados en los últimos años”. (Ley 21.091).

²¹ “... hay una cada vez menor matrícula estatal en comparación con el resto del sistema. En 2014 ésta cubría un 25% de los estudiantes universitarios, mientras que en las universidades privadas pertenecientes al CRUCH alcanzaba un 20% y en el resto de las universidades privadas un 55%. A modo de comparación, la participación promedio de la matrícula por tipo de instituciones, para el conjunto de los países de la OCDE, es de 71% en universidades estatales, 14% en universidades privadas con aportes del Estado y 15% en universidades privadas. En síntesis, las carencias que exhibe el sistema de educación superior en la actualidad son amplias y diversas. Si bien existe una masificación de la cobertura, los estudiantes se distribuyen en las distintas instituciones de educación superior según sus capacidades de pago. Todo lo anterior bajo un estancamiento de la cobertura pública en la educación superior.” (Ley 21.091).

²² “Las características que adquieren los esquemas de financiamiento se relacionan estrechamente con la concepción de educación que prevalece en la sociedad. En los casos donde predomina el uso del mercado como instrumento principal de política, los instrumentos de financiamiento privilegian la competencia como mecanismo central para la distribución de recursos. Esta forma de financiamiento sustenta por el argumento de que el paso por este tipo de formación supondría un beneficio individual que justifica el pago de un arancel y por cierta evidencia empírica que muestra que los salarios de quienes tienen educación superior superan los de quienes no acceden a ese nivel educativo. Sin embargo, hay que mencionar también, que esta posición ignora o minimiza el hecho de que la educación superior, no sólo crea un bien privado, sino también constituye un beneficio para la sociedad, en la medida que contribuye con profesionales con la capacidad de participar del mundo productivo, social, político, económico, cultural y ciudadano”. (Ley 21.091)

mismo rigor dialéctico de las ciencias sociales, la evolución del derecho y la trascendencia jurídica ineludible de comprender los principios que rigen ciertas normas).

Reincidiendo en el análisis estricto del proyecto, ahora en torno a los objetivos del mismo, definidos en el mensaje, uno de los más comentados y cuya relevancia se relaciona plenamente con lo acá tratado, es el de la ‘prohibición del lucro en la educación’, en la página 11²³. También en torno a la gratuidad misma en su acceso; en dicha página, se vuelve a reivindicar como fin de la educación²⁴ los mismos ya mencionados por Quezada y el PIDESC. Lejos de lo que pudiera creerse, este proyecto contiene al reforzamiento de la ‘gratuidad’ recién en su último capítulo, y previo a sostenerle realiza una exposición completa en torno a garantías, fines de la educación y proposiciones centradas en cuestiones de regulación y administración (más allá de haber sido conocido coloquialmente como “proyecto de gratuidad”)²⁵.

3.3 Análisis Ley 21.091 sobre Educación Superior. Delimitación de Artículos esenciales y normativa aprobada.

La cabal extensión de la norma, tanto en sus trámites iniciales como las aprobaciones en cámara, despachos definitivos y trámites post-control de constitucionalidad, hacen imposible detenerse en todos y cada uno de los aspectos centrales de este proyecto. Ergo, su análisis implica priorizar.

²³ “Prohibición efectiva del lucro, y supervisión con resguardo de la autonomía... El proyecto busca corregir las insuficiencias del actual marco regulatorio, que han posibilitado prácticas que han redundado en la extracción de rentas desde las instituciones de educación superior en las que el lucro se encuentra prohibido. Ello constituye un serio quebrantamiento del espíritu de la ley y de la fe pública depositada en estas instituciones cuando les fue otorgado el reconocimiento oficial. El objetivo de que los recursos destinados a la educación superior se inviertan en sus fines, debe alcanzarse considerando la naturaleza pública y privada de las instituciones de educación superior, la diversidad en sus misiones y la complejidad de sus funciones, que necesariamente las llena a vincularse con el medio a través de múltiples interacciones con otros actores e instituciones de los ámbitos de la producción, la investigación, la creación científica y artística. En varios casos esas interacciones son inherentes a la misión de potenciar las capacidades humanas. El desafío consiste en que en dichos procesos no se vulnere la fe pública ni se violen las leyes... Para lograr dichos objetivos, el proyecto propone medidas que ya están presentes en la legislación chilena en otros ámbitos de protección de la fe pública y del interés social, y que aplicadas adecuadamente al ámbito educacional apuntan a prevenir, desincentivar y sancionar conductas que van en detrimento de los fines de las instituciones de Educación superior y que vulneran la fe pública depositada en ellas. Para la fiscalización de esta y las demás normas de esta ley, el proyecto propone crear una Superintendencia de Educación Superior.” (Ley 21.091)

²⁴ “Promover la equidad e inclusión. Financiamiento gratuito de la educación superior... La propuesta persigue cumplir con el objetivo de construir una sociedad más equitativa e inclusiva. Con ese fin el proyecto busca aliviar la carga financiera de las familias para que sus hijos accedan a la educación superior y, mediante ello, potenciar sus capacidades y aumentar en forma duradera sus posibilidades de mayor bienestar, confianza y seguridad en el futuro. El financiamiento público necesario para alcanzar este objetivo conlleva un esfuerzo fiscal de gran magnitud que sólo es posible de alcanzar en forma paulatina. Los requisitos que deben cumplir las instituciones de educación superior para acceder a la gratuidad, consideran exigencias de calidad y cumplimiento de las normas que prohíben el lucro, toda vez que el objetivo es que los recursos públicos se empleen en otorgar una educación de calidad creciente y en cumplimiento con los fines educativos para los cuales fue otorgado el reconocimiento oficial”. (Ley 21.091).

²⁵ Así, se divide en las siguientes secciones: “1. Sistema de Educación Superior; 2. La Subsecretaría de Educación Superior; 3. Fomento de la formación técnico profesional; 4. Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior; 5. La Superintendencia de Educación Superior; 6. Regulaciones de las Instituciones de Educación Superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro; 7. Régimen de la Educación Superior Estatal; 8. Del Financiamiento Público de la Educación Superior; 9. Modificaciones a otras normas”. (Ley 21.091).

Lo expuesto en torno a principios y cuestiones administrativas, que ya ha sido analizado para efectos del mensaje, será soslayado. Pese a esto, vale hacer una pequeña salvedad: tal como se dijo, el proyecto inicial enviado por parte del ejecutivo, contenía extensas menciones a la ‘Educación Superior Estatal’, que subrayaba la necesidad no sólo de dar relieve a la tradición histórica de la educación brindada por parte del estado, en términos de garantías fundamentales, sino también brindar un prisma de horizonte y reglamentación clara, para efectos de mejorar la calidad de ésta con respecto a su faz privada. Así pues, en términos del mismo pilar garante, a juicio presente, se habría esperado un tratamiento preferencial a las Universidades del Estado, acorde a lo que conciben las mismas convenciones internacionales; homologar, desde un inicio, ambos rangos educativos, invita a pensar en un trato igualitario a dos acápite que –doctrinal y constitucionalmente- no son iguales.

De todas formas, el proyecto mismo es un claro mapa de los aspectos esenciales y/o necesarios a profundizar, en nuestro país, a la hora de reforzar garantías en torno a la educación; ‘respetar’ y ‘proteger’ la educación privada, por un lado (no considero justo afirmar -en ningún sentido- que la cobertura privada se viese afectada por este proyecto, toda vez que sus mismos apartados de financiamiento se dirigen a dar cobertura de financiamiento gratuito tanto a los privados como estatales); y ‘garantiza’ (no solo reglamentando ámbitos colmados en lagunas, tales como la acreditación de establecimientos educacionales sin tradición ni reputada calidad, sino que va mucho más allá y establece la regulación de precios de los aranceles dados por las entidades privadas; normativa que, en sentido estricto, podría encasillarse dentro de las garantías de satisfacción) brindando garantías de ‘cobertura’, a un sector de la población que, por lo bajo, sufría discriminación por variantes socio-económicas en su acceso. Todo muy acorde, por cierto, a lo ya contenido en el PIDESC.

En concreto, hemos de priorizar la exposición y análisis de los Artículos sobre el pilar gratuidad, de máxima entidad obligacional; pese a ello, lo pertinente al TC y su análisis de la ‘Libertad de Enseñanza’, expresado en una Sentencia del año 2018, es imposible de eludir, particularmente en torno a una entidad que, si bien no ha sido fruto del más completo análisis acá, es crucial a la hora de abarcar la educación chilena (v.gr: *los fines de lucro*).

3.4 Los Artículos en cuestión de la Ley 21.091 que defienden la gratuidad.

Singularmente, lo relativo a cobertura gratuita está contenido en el “*TÍTULO V DEL FINANCIAMIENTO INSTITUCIONAL PARA LA GRATUIDAD; Párrafo 1° Del*

financiamiento institucional para la gratuidad”. A saber, en lo relativo al Artículo 82 a 87 de la norma; se dará citación expresa a su contenido –anexado en notas al pie- y serán realzados sus aspectos esenciales, medulares o atingentes al horizonte de garantías fundamentales, expuestos con anterioridad, conforme a doctrina y convenciones internacionales:

En torno al Artículo 82²⁶. En primer lugar, se delimitan los titulares, personas jurídicas. Vale precisar que esto va en línea al Artículo 1 del mismo ordenamiento, que busca garantizar el acceso a la educación ²⁷. Tal como satisfactoriamente se aborda en Quezada y Aldunate, no es menos importante delimitar quién será titular de este derecho; de entrada, algo que pareciera ‘simple’ puede suscitar muchas discusiones (por ejemplo, si serán las ‘personas’ o los ‘ciudadanos’; colectivos o solo individuos; etc).

En torno al Artículo 83²⁸. Es de rigor ilustrar que este precepto consagra –al menos de manera preliminar- las obligaciones de ‘regulación y aceptabilidad’, explicadas con anterioridad. Así mismo, se establece el reconocimiento legal que deben encarnar las instituciones privadas a la hora de poder acceder a este financiamiento; de ninguna manera, la provisión de este aporte sería un derecho inexpugnable y de naturaleza esencial y humana, como se ha querido sugerir por estudios de ‘Libertad y Desarrollo’. Incluso, la propia ley expresamente reconoce un trato diferenciado a las universidades públicas estatales, señalando desde un comienzo que estas acceden al beneficio “*por el solo ministerio de la ley*”. Lamentablemente, ello no se aventuró a un paradigma de trato prioritario, dada la reacción termidoriana de sus críticos.

²⁶ “Artículo 82.- Las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica, que cumplan con los requisitos señalados en esta ley, podrán acceder al financiamiento institucional para la gratuidad de conformidad a las condiciones que establece este título”. (Ley 21.091).

²⁷ “la educación superior es un derecho, cuya provisión debe estar al alcance de todas las personas”. (Ley 21.091).

²⁸ “Artículo 83.- Para optar a este financiamiento, las instituciones de educación superior señaladas en el Artículo anterior deberán: a) Contar con acreditación institucional avanzada o de excelencia, de acuerdo a lo dispuesto en la ley N° 20.129; b) Estar constituidas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, corporaciones de derecho público o cuya personalidad derive de éstas u otras entidades de derecho público reconocidas por ley; c) Estar adscritas, al menos un año antes de la solicitud respectiva, al Sistema de Acceso a las Instituciones de Educación Superior regulado en la presente ley. Un reglamento dictado por el Ministerio de Educación y firmado por el Ministro de Hacienda, establecerá criterios de selectividad para las universidades que reciban este financiamiento, basados en desempeños mínimos que deberán tener los estudiantes matriculados en primer año en dichas instituciones en los instrumentos del Sistema de Acceso; d) Aplicar políticas, previamente informadas a la Subsecretaría de Educación Superior, al menos un año antes de la solicitud respectiva, que permitan el acceso equitativo de estudiantes; y contar con programas de apoyo a estudiantes vulnerables que promuevan su retención, fomentando que al menos el 20% de la matrícula total de la institución corresponda a estudiantes de hogares pertenecientes a los cuatro primeros deciles de menores ingresos del país. Sin perjuicio de los requisitos establecidos anteriormente, si una institución se encuentra en el caso regulado en el Artículo 113, no podrá acceder al financiamiento regulado en el presente título, durante el plazo que dicho Artículo dispone. Las instituciones de educación superior estatales que cumplan los requisitos anteriores accederán a este financiamiento por el solo ministerio de la ley, debiendo dar cumplimiento a las obligaciones señaladas en el presente título, no siendo aplicable lo dispuesto en los Artículos 84 y 86” (Ley 21.091)

En torno al Artículo 84²⁹. Sobresale que en caso de instituciones privadas, el beneficio se mantendrá mientras se cumpla con los requisitos. O sea, en caso alguno es de carácter fundamental, entonces, el acceso a financiamiento de instituciones privadas con fondos públicos; e incluso, es de carácter renunciable, como no lo son los derechos fundamentales inalienables (a diferencia de la titularidad pública, como ya se dijo, que es “*por el solo ministerio de la ley*”).

En torno al Artículo 85³⁰. Se evidencian dos materias importantes, en los que no se profundizará de momento, pero que han sido cruciales respecto al nuevo marco regulatorio que inspira esta ley: los aranceles regulados (en resumen, los aranceles financiados por la gratuidad, e incluso ya con el CAE, no son cualquier tipo de aranceles fijados sin regulación ni parámetros; lo cual, a juicio presente, es claramente una expresión de garantía de satisfacción); y, por otro lado, la mención a la Superintendencia (lo importante, aunque suene obvio, es resaltar que la provisión de la educación superior no es mera expresión privatista ni en ningún sentido obedece a normas de oferta-demanda naturales, toda vez que su provisión formal superior debe obedecer a criterios de validación estatal; más allá de lo relativo a las lógicas de subsidio a la oferta, que no se estudiarán en detalle acá).

En torno al Artículo 86³¹. Expresamente, esta norma reivindica como titulares de derecho a las personas, y a las entidades educacionales como los encargados de proveer estos beneficios (¿intermediarios? Sí, en tanto la provisión; no en tanto ‘derechos’, puesto que el financiamiento

²⁹ “Artículo 84.- Las instituciones de educación superior reconocidas oficialmente por el Estado, que deseen acceder al financiamiento institucional para la gratuidad, deberán solicitarlo a la Subsecretaría hasta el 30 de abril de cada año... La Subsecretaría tendrá un plazo de treinta días corridos, contado desde la fecha de la solicitud, para verificar el cumplimiento de los requisitos. Acogida la solicitud, el financiamiento se otorgará a contar del año siguiente y se entenderá que la institución lo mantiene mientras cumpla con lo dispuesto en el presente título y no manifieste su voluntad en contrario de conformidad al Artículo 86”. (Ley 21.091).

³⁰ “Artículo 85.- La Subsecretaría determinará un monto anual en dinero expresado en pesos para las instituciones que accedan al financiamiento institucional para la gratuidad. Dicho monto considerará la información del arancel regulado y los derechos básicos de matrícula establecidos de conformidad a este título. Asimismo, deberá tener en consideración el volumen de estudiantes de cada institución, considerando la información de a lo menos los tres últimos años... Para establecer el volumen de estudiantes en el caso de instituciones nuevas se considerarán, mientras no alcancen el mínimo de años señalado en el inciso anterior, los años para los cuales la institución disponga de información... Las instituciones de educación superior sólo efectuarán la rendición del aporte institucional para la gratuidad a la Superintendencia, de conformidad a las normas de carácter general que ésta dicte”. (Ley 21.091).

³¹ “Artículo 86.- La institución reconocida oficialmente por el Estado que opte por dejar de recibir el financiamiento de que trata este título deberá comunicarlo a la Subsecretaría antes del 30 de abril de cada año, lo que se materializará el año siguiente a dicha comunicación... Con todo, la institución deberá asegurar que los estudiantes matriculados con anterioridad a dicha comunicación, mantengan la misma situación respecto de todos los cobros que les efectúe la institución o su exención, según corresponda, de conformidad a lo dispuesto en el presente título... La institución de educación superior que comunique la decisión de dejar de percibir el financiamiento, podrá volver a solicitarlo sólo una vez transcurridos cinco años contados desde la fecha de la referida comunicación”. (Ley 21.091)

es individual, con la salvedad de que el sujeto-ciudadano tiene la opción de elegir –en base a su ‘Libertad de Enseñanza’- el establecimiento acreditado en que se proveerá este servicio).

En torno al Artículo 87³². Este precepto enmarca la gratuidad claramente en retórica de servicio que se debe al ‘ciudadano’ (“Chilenos o extranjeros residentes...”), tal como se ha señalado en distintos apartados de este escrito, la legitimidad característica de los derechos sociales es que se deben en tanto ‘ciudadanos’. Si bien se busca a través de este ordenamiento una cobertura mínima, es evidente que la ley deja un precedente y marco de derechos y retórica, en virtud del cual se pudiera ir ampliando y construyendo, conforme a otorgar mayor cobertura a la garantía de satisfacción que es la ‘gratuidad’.

3.5. En cuanto al desarrollo jurisprudencial. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de lucro en la Educación.

En lo que refiere al desenvolvimiento jurisprudencial del tema, el año 2018 el TC Chileno emitió un fallo (“con fecha 26 de abril de 2018... Oficio en Sesión 16. Legislatura 366”), contrario a la prohibición más extensiva del lucro en la educación. “¿Pero, por qué debería prohibirse el lucro, si este ya está prohibido?” -se preguntaban algunos, en esos tiempos-; cualquiera, de hecho, que ya hubiese dado lectura al preámbulo y conceptualización metodológica previa, pudiese coincidir que tanto el PIDESC como los ordenamientos positivos ratificados e implementados por Chile, señalan que la educación se debe esencialmente a ciertos fines definidos y que la obtención del lucro ‘comercial’ no es de su esencia en ningún caso. En la práctica el ordenamiento y la falta de sanciones al lucro en educación, han permitido que -difusa y espuriamente- distintas corporaciones con fines de lucro accedan a los gobiernos universitarios y, a través de contratos

³² “Artículo 87.- Las instituciones de educación superior que accedan al financiamiento institucional para la gratuidad deberán dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:; b) Regirse por la regulación de vacantes establecida en el párrafo 4° del presente título; c) Otorgar estudios gratuitos de conformidad al **párrafo 5° de este título**”.

Párrafo 5° Del deber de otorgar estudios gratuitos y cobros regulados. Artículo 103.- Las instituciones de educación superior que accedan al financiamiento institucional de que trata este título deberán otorgar estudios gratuitos a los estudiantes que, de acuerdo a la condición socioeconómica que la ley disponga, cumplan los siguientes requisitos: a) Ser **chileno**, extranjero con permanencia definitiva, o extranjero con residencia, y respecto a éste último caso, que haya cursado la enseñanza media completa en Chile.; b) No poseer un título técnico de nivel superior, ni un título profesional o una licenciatura; ni un título o grado académico reconocido o revalidado en Chile, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 109 de esta ley. Se entenderá que cumplen este requisito los estudiantes que hayan obtenido una licenciatura en carreras o programas de estudio conducentes a un título profesional, mientras no obtengan este último. c) Estar matriculado en alguna de las carreras o programas de estudio señalados en el Artículo 104.

Artículo 104.- Para efectos de esta ley, se entenderá que la institución de educación superior cumple con otorgar estudios gratuitos si **exime a los estudiantes que cumplen los requisitos señalados en el Artículo anterior de cualquier pago asociado a arancel y a derechos básicos de matrícula, cualquiera sea su denominación, respecto de aquellas carreras y programas de estudio presenciales conducentes a los títulos y grados señalados en las letras a), b) y c) del Artículo 54 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación. En caso que dichas carreras o programas de estudio sean impartidas en modalidad semipresencial, su financiamiento deberá ser autorizado por resolución de la Subsecretaría de Educación Superior, de conformidad a criterios objetivos establecidos en el reglamento respectivo**”. (Ley 21.091).

con inmobiliarias, sobre sueldos y prestaciones de servicios no debidos o proporcionales, terminen lucrando con la educación (Mönckeberg, 2013). En efecto, parte de las demandas estudiantiles traducidas en el proyecto de ley que revisó el TC, buscaba que las organizaciones ‘con fines de lucro’ no pudieran estar más presentes en los directorios o consejos superiores, de las entidades de educación superior.

Entonces, concretamente, lo que ocurrió con esta sentencia -a raíz de un control preventivo de dicho proyecto impulsado por el conglomerado opositor- es que la expresión “sin fines de lucro”, contenida en la quinta línea del Artículo 63 del proyecto, fue indicado como contrario a la Constitución Política y, en consecuencia, eliminado del texto del proyecto de ley. El Artículo, en particular, previo al trámite en el TC (que, por lo demás, señala expresamente que esto no le fue conferido directamente a control, sino que como muestra de su faz de control represivo previene –de oficio- sobre una materia de rango constitucional), despachado por el Senado de la República, a grandes rasgos evitaba que sociedades comerciales integraran corporaciones educacionales³³

Así, el TC basó, mayoritariamente, su posición en una interpretación bastante similar a la que mostraban catedráticos como Fermandois, concibiendo el ‘fin al lucro’ como un directo atentado a la ‘Libertad de Enseñanza’, cuyas limitaciones son solo las expuestas directa y expresamente por la Constitución (Fermandois, 2005), a saber: “la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional” (Art 19 N°11, CPR). En dicho sentido, indica el TC que *“si al tenor estricto del citado Artículo 19, N° 26°, de la Constitución, los derechos fundamentales sólo pueden verse limitados “en los casos en que ella lo autoriza”, forzosamente se concluirá que el legislador no se encuentra facultado para crear otros impedimentos, restricciones u obstáculos distintos a los previstos en la Constitución, sin arriesgar -como aquí acontece- que las leyes que así lo hagan se declaren no “conforme a ella”.* (STC, rol 4317-18: 81°). O sea, profesando que el hecho de concurrir una ley –expresión soberana- en señalar la exigencia de “personalidad jurídicas sin fines de lucro”, como requisitos excluyentes para poder optar a gratuidad, constituía una discriminación arbitraria (‘curioso’, en los términos liberales de que no son los establecimientos sino las ‘personas’ los titulares de este derecho social; y que, literalmente, existen convenciones internacionales ratificadas por Chile que expresamente

³³ “Párrafo 7° Reglas y prohibiciones aplicables a las instituciones de educación superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. Artículo 63.- Las instituciones de educación superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro sólo podrán tener como controladores, miembros o asociados a personas naturales, personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, corporaciones de derecho público o que deriven su personalidad jurídica de éstas, u otras entidades de derecho público reconocidas por ley. Tales instituciones se regirán por las normas de la presente ley y las normas especiales aplicables a la educación superior, y de forma supletoria, por las disposiciones del título XXXIII del libro I del Código Civil”. (Ley 21.091).

señalan esta distinción de fines educativos que, aparentemente, se antepondría a una supuesta libertad inefable de ofrecer proyectos educativos con fondos públicos)³⁴.

Otro criterio mencionado, de manera literal, por la Sentencia del TC, tiene que ver con un aparente ‘derecho adquirido’ derivado de la ‘Libertad de Enseñanza’; del todo peculiar se torna esta postura, cuando en su página 69, en el octogésimo primero, el Tribunal realiza una reflexión de inconstitucionalidad a raíz de un supuesto criterio contrario a la normativa de derecho estricto educacional que, aparentemente, no permitiría establecer reglamentaciones en torno a la educación más allá de lo que dice el 19N°11; lo cual, tal como se decía, es del todo paradójico dado que el mismo precepto constitucional citado dispone de la posibilidad de establecer criterios a través del orden público³⁵.

Aquello contrarió, absolutamente, una sentencia previa del TC sobre la misma materia, de tres años antes, que indicaba expresamente la legitimación constitucional que posee el legislador para generar mandatos legales o normas sobre la ‘Libertad de Enseñanza’, no siendo -en efecto- un límite el 19 N°11. De esta forma, el TC señaló en aquella ocasión que *“la Libertad de Enseñanza no está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con el derecho a la educación. Esa libertad no es inmune a las normas que pueda establecer la ley, teniendo para ello presente que en materia de educación superior el lucro ya se encuentra excluido”* (STC, rol 2787-15: 41°). Así, *“el legislador tiene derecho a establecer la forma jurídica de la personalidad de los receptores de fondos públicos subvencionados. Justamente, tal derecho dimana de la naturaleza del título subvencional como lo determina el Artículo 19,*

³⁴ En su Página 67 y SEPTUAGÉSIMO NOVENO, la Sentencia señala: “Que una lectura atenta de dicha disposición, permite advertir -por de pronto- que ella es contraria al Artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de la Constitución, toda vez que produce sendas diferencias arbitrarias por las siguientes razones: Primero, porque impide que sean controladoras de los establecimientos de educación superior sólo las personas jurídicas con fines de lucro, sin que el mismo impedimento se aplique a las personas naturales que se orienten en pos de igual finalidad. Nada obsta en el Proyecto a que una persona natural que persiga fines de lucro controle un plantel educacional... Segundo, porque la diferencia que el precepto cuestionado introduce respecto de las personas jurídicas sin fines de lucro no guarda conexión con las normas generales del ordenamiento jurídico que rigen a las corporaciones y entidades sin fines de lucro, las cuales no contemplan dicha prohibición, sino que resguardan que éstas no tengan por objetivo generar ganancias o utilidades para sus miembros. En términos generales, la igualdad ante la ley requiere un trato igual para quienes están en idénticas condiciones y uno distinto para quienes se hallan en diversas posiciones. De esta forma, y como ha señalado esta Magistratura, no todas las diferencias se encuentran proscritas constitucionalmente, sino que lo están aquéllas que son arbitrarias o carentes de razonabilidad. En la especie se configura esta última irregularidad. Precisamente por no cumplir el Proyecto con las exigencias básicas de congruencia y racionalidad, que evita catalogar tales diferencias como discriminatorias, según explicara esta Magistratura”. (STC Rol N° 4317-18).

³⁵ Dice así el TC, que: *“OCTOGÉSIMO PRIMERO. Que, tampoco la prohibición que crea el Artículo 63 encuadra dentro de las únicas cuatro causales que podrían servir al legislador para justificar una nueva interdicción a la Libertad de Enseñanza, habida cuenta que el Artículo 19, N° 11°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, expresa taxativamente que este derecho “no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. Si al tenor estricto del citado Artículo 19, N° 26°, de la Constitución, los derechos fundamentales sólo pueden verse limitados “en los casos en que ella lo autoriza”, forzosamente se concluirá que el legislador no se encuentra facultado para crear otros impedimentos, restricciones u obstáculos distintos a los previstos en la Constitución, sin arriesgar -como aquí acontece- que las leyes que así lo hagan se declaren no “conforme a ella” (Artículo 6°)”*. (STC Rol N° 4317-18)..

numeral 22° de la Constitución. Se ha de regular por ley y se ha de determinar a favor de qué sector y actividad se trata de fomentar?. (STC, rol 2787-15: 44°).

En otro acápite de la misma sentencia, considero relevante resaltar cierta consideración legítima de dar cabida por parte del TC, en torno a que el proyecto establece un criterio de distinción en torno a la ‘prohibición de lucro’ de los establecimientos educacionales, en tanto personas jurídica, pero se excluye sin miramientos a las personas naturales. Al respecto, y en correlato con lo ya señalado sobre ‘titularidades’, me remito a concederle el punto al TC. Solo para ponerlo de manifiesto, anexo el considerando del que se está hablando, en la página 71 de la misma Sentencia³⁶... Tal como señalaría el profesor Ricardo Salas, en su clásico curso de Técnicas de Elaboración de Normas, evidentemente aquí subyace un error de diseño técnico-legislativo, que pudo haber sido previsto con anterioridad³⁷.

En torno al régimen de las universidades, y siguiendo en el marco de la supuesta discriminación arbitraria impugnada, la Sentencia se refiere a un régimen diferenciado que aparentemente constituiría discriminación, entre ciertas Universidades privadas tradicionales del país (con historia y tradición, previo a 1980, es decir, específicamente la Universidad Austral, Universidad

³⁶ “OCTOGÉSIMO CUARTO. *Que, en efecto, aún sin pronunciarnos respecto de cuán ajustada es a la Constitución la exclusión de personas con fines de lucro de la posición de controladores para lograr el fin señalado (esto es, la relación entre la finalidad y la diferencia concreta), resulta evidente que carece de sentido dejar que algunos controladores (personas naturales) sí puedan perseguir fines de lucro mientras que otros no puedan hacerlo. Si el legislador realmente quería que la exclusión sirviera para alcanzar el fin buscado, no se explica por qué enseguida la relativiza, haciendo distinciones que constituyen una inexplicable excepción a la prohibición general que impone... No se ofrece ninguna justificación de porqué las personas naturales (que ciertamente pueden perseguir el lucro en sus actividades) son excluidas de la prohibición. Fenómeno denominado en la cátedra como "infrainclusión" (underinclusiveness), o sea, cuando una norma excluye sujetos que, a la luz del fin invocado para fundar la diferencia, debieran quedar incorporados (Díaz de Valdés, La Igualdad Constitucional: Múltiple y Compleja, Revista Chilena de Derecho, vol. 42. N°1, p. 171). Y si bien cierta infra inclusión puede ser tolerada por el examen de racionalidad, en este caso es de tal magnitud, al comprender toda una categoría de personas (las naturales) que, por lo mismo, no es capaz de superar el apuntado estándar de racionalidad*”. (STC Rol N° 4317-18).

³⁷ El proyecto, en torno a sus finalidades (de delimitar y/o restringir en educación la actividad de naturalezas pseudo o informalmente mercantiles), habría tenido incluso más claridad con esa prevención; no obstante, en numerosas secciones esta Sentencia alude al mensaje y contenido original del proyecto de ley, junto con las intervenciones legislativas en la materia. En ellas fue del todo clarividente, que la intención en torno a restringir el retiro de utilidades y/o obtención de lucro, en términos de lo que propiamente el Código de Comercio entiende como tal, no implicaba, en ningún caso, que esto restringiera o erradicara la legítima obtención de salarios o prestaciones laborales por servicios. Criterio propio de la libertad de cátedra misma, y que bien, tiene su amparo y protección en sede laboral (contemplada especialmente también por este proyecto de ley, en torno a las normativas del Código del Trabajo que le serían aplicables a los trabajadores de la educación), y que no necesitaban ser salvaguardados por una Sentencia de un Tribunal Constitucional, en materias ajenas encima. Por otro lado, no es menos cierto que el criterio de reducir el lucro a una supuesta idealización o *maná*, ha sido una estrategia de marketing político sumamente irracional y repetido, para efectos de renegar del carácter que busca la gratuidad consagrada por el PIDESC y el fin al lucro propiamente tal; tal como se señalaba previamente, este mismo cuerpo dogmático internacional implica una noción de los derechos sociales en tanto servicios, precisamente, situados en contextos de escasez y crisis. Por lo mismo, que nuestra Corte Constitucional reitere estos criterios, pareciera del todo tendencioso y, en definitiva, de muy poca ayuda para dar marcos de seriedad mínima a la discusión sobre derechos sociales, regulación y educación; marco de garantías a las que Chile, constitucionalmente, se ha comprometido al tratar cuestiones como la educación –insistimos– al adherir, ratificar y publicar el PIDESC.

de Concepción y Universidad Técnica Federico Santa María)³⁸. Es llamativa la reflexión y ‘coherencia argumentativa’ que sigue el TC, más allá del dar cita a ciertos aspectos vigentes del derecho privado, que bien confirman el sentido de este proyecto (dando a entender que ya existe una exclusión en torno a las personas jurídicas con fines de lucro que buscan ingresar a directorios de sociedades y corporaciones civiles; sin mencionar, por lo pronto, que no es en los marcos de lo civil que se busca situar al derecho educacional chileno, sino de los ya dichos claroscuros comerciales; y que, a saber, el mismo derecho comercial y mercantil chileno, desde hace décadas, ha atravesado un crecimiento extraordinario y ‘más allá del Código’, que directa y/o indirectamente se han asimilado por parte de la doctrina como un marco común mercantil, que obedece a los principios establecidos por este derecho en los Artículos principales del código, en términos de la prevalencia de los intermediarios y fines de lucro), sobre todo porque la misma norma que termina siendo publicada y aprobada a posteriori de este control de constitucionalidad, establece específicamente un marco distinto para las universidades (con ciertos Artículos, del 63 a 70, para estas Universidades privadas tradicionales; y del 70 a 80, para las otras universidades privadas); o sea, en otras palabras, la salvedad no era en ningún momento evitar posibles discriminaciones arbitrarias contrarias a la ley fundamental de la República, sino salvaguardar el pilar básico de la ‘Libertad de Enseñanza’ en términos criollos: la libertad mercantil y el derecho de intermediar y lucrar con recursos públicos, en la provisión de un derecho social-fundamental subjetivo esencial, básico y escaso, como lo es la educación superior.

Por último, en su página 81, el voto de inconstitucionalidad mayoritario, pese a haber señalado expresamente que no era criterio de esta ‘Corte Constitucional’ el establecer o ahondar criterios de fondo respecto al rol de los controladores, termina dando su parecer a favor de lo que –tanto de fondo como de forma- ha buscado defender durante toda la Sentencia³⁹.

³⁸ En su página 71, señala que: “OCTOGÉSIMO QUINTO. *Que, por su parte, el inciso segundo del Artículo 80 del proyecto de ley sometido a control, señala que: "... las normas establecidas en los Artículos 63 a 70 no les serán aplicables a la Universidad Austral de Chile, a la Universidad de Concepción y a la Universidad Técnica Federico Santa María."*; Se trata de una norma consagratoria de un virtual privilegio, esto es, de un trato diferente y positivo en favor de un grupo de tres universidades. Siendo los privilegios una forma de establecer una diferencia, quedan también sujetos al indicado estándar de racionalidad que descarte su arbitrariedad conforme al Artículo 19 N° 2°, inciso segundo, de la Carta Fundamental”.

³⁹ A saber: “CENTÉSIMO PRIMERO. *Que, de las discusiones parlamentarias dedicadas al Artículo 63, no aparecen elementos de juicio concretos ni reproches circunstanciados, que permitan sostener la existencia de un abuso generalizado del poder al incorporar controladores lucrativos por parte de las instituciones de educación superior. Más allá de una teórica amenaza en tal sentido, que pudiera ser materia de una sanción específica contra el ocasional infractor, tampoco se tipificó que la nueva prohibición implantada diga relación con la preservación de la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional... En rigor, resulta difícil presumir que la sola presencia de un controlador lucrativo pueda contrariar dichos valores constitucionales, como lo pone en evidencia el tenor del segundo del Artículo 80 del propio Proyecto, así como la regulación sistemática del Código Civil, introducida por la Ley N° 20.500, a la que -en vez Y/ CHM1 de prohibir- le bastó definir que las corporaciones son aquellas personas jurídicas de derecho privado que, siendo distintas a sus asociados, no tienen por objeto generar ganancias pecuniaras o materiales para éstos, adoptando los resguardos necesarios para que una tal orientación sea efectiva en la práctica. Además que podrían aducirse valederas razones jurídicas para permitir -y no prohibir- la participación de un controlador lucrativo en una institución educacional, que no necesariamente se identifican con el designio de aprovecharse de estas últimas. El propósito de expresar un ideario proclive a la libre empresa o de instituir casas de estudios superiores en materia de negocios, por caso, no*

Contrariamente, la disidencia en el fallo del 2018 (que expresa sus puntos desde la página 99 en adelante) manifestó argumentos basados en el hecho de lo ya señalado por el mismo TC en 2015, a saber que: “no resulta novedosa la normativa para la determinación en sectores regulados. Es el legislador el que fija la forma que adoptan las personas jurídicas en el ámbito bancario, financiero, de instituciones de salud previsional, de administradoras de fondos de pensiones, etc. En todos ellos no hay problemas de constitucionalidad que se deriven del modo en que la ley le ha impuesto requisitos para que operen en esos ámbitos” (STC, rol 2787-15: 45°). Incluso, previamente a la sentencia del 2015, el 2009 el TC ya había versado en esta materia bastante similar a lo que se hizo el 2018. Señalando, tal como se decía, que “las formas específicas de organización, serán definidas por el que quiera tener un establecimiento con reconocimiento oficial dentro de esta amplia gama” (STC, rol 1363-09: 22°). No importando, o siendo constitucionalmente relevantes, que sean con o sin fines de lucro. Pese a esto, la disidencia del año 2018 hizo notar un aspecto bastante llamativo de la sentencia del 2009, ya que aquella habla de los ‘establecimientos educacionales’, respecto a los que opera la ‘Libertad de Enseñanza’, lo que implica que el TC facultó al legislador, a través de esa sentencia, para definir la organización que entra dentro de este derecho, pese a la ya nombrada reserva constitucional. Evidentemente, al delimitar el ámbito de quién puede acceder a ofrecer la ‘Libertad de Enseñanza’, está fijando requisitos a la misma, es decir, gestando una configuración legislativa del mismo asunto (STC rol 4317-18: 32°).

Finalmente, los pareceres que aporta el TC son muchos y variados, pero ellos se pueden resumir en que –pese a lo mediático- la contienda de constitucionalidad no estuvo centrada en torno al derecho social per sé a la educación, sino a la posible ‘intermediación comercial’ en la provisión y/o oferta; y, por cierto, que la normativa impugnada no versaba ni siquiera sobre la educación a grosso modo (derecho a la educación en general, de rango constitucional, ya tratado; abarcador de la ‘Libertad de Enseñanza’, en términos dogmáticos), sino sobre ciertos beneficios que se otorgarían para reforzar las garantías de satisfacción de esta, en torno a la ley de gratuidad. Por lo mismo, se asume que la interpretación del TC no goza de la prudencia mínima que establece la ley para efectos de interpretar una norma; ni en términos de su historia, sentido, especialidad, ni menos de sus valores (prudencia-equidad natural)⁴⁰.

solamente resultan plenamente compatibles con la Constitución, sino que son objetivos que también condicen con una sociedad más pluralista y democrática”. (STC Rol N° 4317-18).

⁴⁰ Fruto de un estudio que amerita más minuciosidad al respecto, se resalta que los hechos que prosiguieron a esta sentencia: un ánimo de desconfianza generalizado que, entre otras varias cuestiones, terminó propiciando un hecho de connotación pública e inseguridad conocido como “estallido social”; reforzado, según parecer propio, por una sensación imperante de que las instituciones democráticas eran plenamente incapaces de avanzar en garantías sociales mínimas, pues el sistema se encontraba cooptado por un anclaje anti-soberano. En ese sentido, el Tribunal Constitucional fue sindicado como uno de estos “amarres”; su faz represiva fue tema de profundo debate y propuesta de cambio, en ambos procesos constituyentes. Y, por último, pese al fracaso de estos mismos procesos, los mismos quórum constitucionales de ley pétrea en los que el Tribunal Constitucional basaba sus controles, argumentando incompetencia legal mientras deslizaba argumentos parciales de fondo sin coherencia, fueron objeto

3.6 Faz o aspecto mercantil de la ‘Libertad de Enseñanza’.

En torno al epílogo de este capítulo: la faz mercantil de la ‘Libertad de Enseñanza’. Pudiera parecer del todo descabellado un análisis de un aspecto del derecho social a la educación, desde el prisma de la libertad de comercio, el libre emprendimiento y/o similares. Precisamente, a la hora de especificar elementos teóricos, ya se ha delimitado el sentido natural y positivo de la ‘Libertad de Enseñanza’, en término de su genuino sentido educacional, de derechos de los padres y –en definitiva- de una garantía fundamental que poseen los grupos intermedios, no solo a respetar tanto la posibilidad de ofrecer proyectos educativos alternativos al estado, sino también de cautelar su posibilidad de optar entre dichos proyectos y los estatales.

Este fenómeno, pese a lo resaltado y crítico del caso chileno, es de raigambre global (con sus distintos matices). Fue denominado ya por la doctrina como “mercantilización de la educación” (Bellei, 2015), y ha sido estudiado en distintas vertientes. Para estos efectos, su desarrollo nos es trascendental en términos de entender sus fuentes legales, doctrinales y, actualmente, las expresiones que mantienen esa lógica post “ley de gratuidad”.⁴¹

Pese a que pudiese parecer un criterio en exceso formalista, el enfoque lógico de esta investigación nos insta a preguntarnos lo siguiente: ¿Si es tan reivindicado comercialmente el derecho a la educación, en términos de la ‘Libertad de Enseñanza’, no debiera estar contenido en el Código que precisamente trata sobre aspectos de lucro, sociedades, libertad, empresas, etc.?

de profundas reformas y cambios. A este parecer investigativo, es indispensable para cualquier análisis de la crisis político-institucional, desmenuzar tanto el contenido, hermenéutica y contexto político de este fallo, en línea con el paradigma en comento de ‘cambios sociales’, para obtener una cartografía completa y plena del asunto.

⁴¹ Pese a ello, se debe hacer una precisión preventiva: la mercantilización de la educación ha sido estudiada en distintas fases, desde la ampliación excesiva de la matrícula privada, la extensión de proyectos educacionales particulares, hasta el ámbito propio que nos ha suscitado este análisis: el financiamiento de educación privada con fondos públicos; también conocido como modelo de “vouchers educativos”. Dado que el análisis se abarca desde la lógica de los derechos sociales, y la provisión educacional privada no resulta problemática en términos del PIDESC, es que no se considera trascendental su análisis para efectos de coherencia investigativa.

Por ende, se priorizará un análisis de las principales instituciones formales legales y doctrinales de la educación mercantil, más allá de analizar propiamente la historiografía e implicancias político-sociales, abarcadas en profundidad por Bellei. Para estos efectos es esencial entender no solo el sistema de gratuidad mismo, sino también el modelo de Crédito con Aval del Estado (ambos, a este parecer, con naturaleza similares a los vouchers); los casos de otros contratos mercantiles, que sí implican transmisión de conocimientos en cuanto provisión, y no un servicio (como el know-how mercantil); y, no menos trascendental, la precisión que realiza Abramovich y Courtis, en torno a que incluso al interior de las vertientes más privatistas, el enfoque de pilares sociales garantistas es tendencia a nivel mundial (como en lo pertinente a derecho del consumidor y teoría de los riesgos, por ejemplo; e, incluso, en torno a la pertinente a las crecientes doctrinas que plantean protecciones del estudiante consumidor, en un marco de educación netamente mercantil, lo cual tiene su claro oscuro entre una tendencia que desnaturaliza propiamente tal el servicio educacional –no tanto como provisión mercantil- pero al mismo tiempo reivindica garantías fundamentales básicas propias de los derechos sociales, como la regulación (cuestión que, como se vio, fue objetivo de debate por parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional desde principio a fin. Una intervención que, claramente, no es baladí ni casual).

¿Qué dice el Código de Comercio al respecto? Pues, si, efectivamente, la lógica es de derecho estricto y reservas legales rígidas, uno asumiría perfectamente que en los ámbitos formales del derecho, no existe conflicto alguno con que la provisión educacional esté dentro de este ordenamiento, toda vez que se reivindica por una Corte el derecho inherente a que se realice intermediación con fines de lucro en su oferta.

En concreto, si se atiende al Artículo 3 del Código de Comercio, que define los actos de comercio propiamente tales, no nos encontramos con mención alguna a la provisión de servicios educacionales, en sus más de 20 numerales. Curioso, toda vez que se considera de derecho estricto y derivado de la más esencial de las libertades educacionales, el ofrecer conocimiento con dicha perspectiva. Sin embargo, se podría ser aún más riguroso; asumamos que la educación es un bien mueble, o un bien material intangible que se comercializa como si fuese un bien mueble; así, la oferta de conocimientos podría ser encasillada dentro del numeral primero de este Artículo 3. Seamos aún más precisos: asumamos desde ya que el Código de Comercio no desconoce otra cantidad inmensa de ordenamientos que le complementan, de manera especial, conforme a sus principios. Acá, podemos encontrarnos con dos contratos comerciales, cuya naturaleza se presenta completamente difusa y espuria. Por un lado, tenemos el sistema de vouchers propiamente tal (el CAE, v.gr), y, por otro, el contrato de *Know-How*, de naturaleza mercantil y aplicación empresarial constante, en un mundo financiero donde los activos de empresas ya no son neta o indispensablemente industriales o clásicos; un mercado global de innovación que se centra más en los intangibles y factores humanos-de conocimiento, antes que materias primas o inmuebles.

En torno a este, el contrato de *Know-How*, se define por el Diccionario del español jurídico de la siguiente forma: “*Negocio jurídico celebrado entre personas físicas o jurídicas en virtud del cual una de ellas (el licenciante), titular de un know how (el know how licenciado), autoriza a su contraparte (el licenciatarío o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento, obligándose el licenciatarío o receptor a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con empleo del know how licenciado*”. Es un contrato atípico, o bien, no directamente regulado por el Código ni por normas específicas, sino fruto de construcciones comerciales consuetudinarias y doctrina internacional europea⁴².

⁴² El contrato de Know-How se rige, esencialmente, por aspectos propios del derecho privado (muchos incluso invocados para efectos de lo ya dicho en educación): en primer lugar, tiene su base en la autonomía de la voluntad, del Artículo 1445 del Código Civil; al mismo tiempo, en la Ley N°19.039 sobre propiedad industrial, en lo relativo a deberes de confidencialidad, pues este conocimiento se considera un activo esencial y estratégico de la empresa; además, como un derivado de contratos de franquicia (como Doggis, por ejemplo), donde la transmisión de

Si la educación fuera netamente como la define Libertad y Desarrollo, Ferrandois y el TC en el 2018, podría singularizarse a esto: la prestación o provisión de educación es netamente un contrato de *Know-How*. Incluso, podrían sugerirse aspectos en extremo similares, sobre todo en términos de la licencia y posicionamiento de las carreras educativas en virtud de esos criterios comerciales. Sin embargo, quienes sostienen argumentos de esta naturaleza fallan en algo fundamental, que ya fue precisado someramente por la doctrina de Quezada, previamente: la supuesta provisión no es tal, en tanto la educación superior vendría siendo un ‘mercado’ netamente creado desde la ‘formalidad’ (educación formal; educación superior) y con reconocimiento de la autoridad estatal; la ‘formalidad educativa’ es un criterio dogmático y de derecho fundamental, para diferenciar el servicio educacional de otros aspectos o faz de la formación educacional que, no menos legítimamente, forman parte de la formación interpersonal de los conciudadanos y personas que habitan la República (v.gr: *educación informal*); la formalidad de la educación es un rango esencial en su dimensión superior; y la informalidad, su criterio ‘pleno’ en el rango específico comercial (tal como se señala, el ofrecimiento de un *Know-How* educativo obedece a criterios técnicos y comerciales, no a la formación integral de un profesional). Por otro lado, es evidente, en Quezada y sus análisis del PIDESC, y en los análisis formales del derecho, que los ‘fines educativos’ están determinados y son esenciales para tratar cualquier garantía fundamental en materia educativa (Quezada, 2020); por lo mismo, que el TC evoque a rango de garantía fundamental el fin de la ‘intermediación’ en la oferta de proyectos educativos, en sí misma, es una contradicción a la luz de las garantías fundamentales ratificadas por Chile.

Pese a esto, hay una vertiente de esta faz mercantil un tanto ‘plena’ o ‘indesmentible’ y sincerada tanto por críticos como partidarios de la Libertad de Enseñanza concebida como libertad de comercio en educación, que es –tal como se decía– un aspecto esencial en el proceso de mercantilización educacional. Este es el sistema de vouchers, inspirado por Milton Friedman, reforzado en la LOCE educacional; este paradigma obedece a la asignación de ciertos financiamientos del estado en torno a la educación, en lógica de derecho individual. El voucher bien puede ofrecerse en virtud de cantidad de matrículas u otros factores. A la postre, es un contrato de naturaleza mixta, influenciada por características comerciales, ya que su

conocimientos es esencial para el perfeccionamiento del contrato; su contenido se valora no en términos de un proyecto formal o establecido, sino en virtud de su cuantía comercial o técnica; su transmisión indebida puede ser perseguida como competencia desleal, según la Ley 20.169; y, en términos internacionales, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, señala como una obligación inherente del vendedor el entregar estos conocimientos al comprador o tercero, en determinados casos.

perfeccionamiento implica firmas de pagarés y subsumir una contraprestación por concepto de oferta educativa; es, en otros términos coloquiales, el derecho a endeudarse para poder estudiar. Los mayores defensores de este sistema, como el ex Ministro Sergio Bitar, han concluido –legítima y racionalmente– que este sistema mejoró las condiciones de accesibilidad a la educación. Lo cual es cierto, respecto al CAE, pero soslaya aspectos esenciales y controvertidos; uno de ellos es que los pagarés, en su mayoría, terminan vinculando efectiva y materialmente no a los contra-prestados, sino al estado y la Tesorería General de la República. Efectivamente, no es un contrato ‘puramente comercial’, en términos de que su objeto es una cuestión que excede los márgenes del derecho comercial propiamente tal; que, finalmente, termina vinculando al estado y no netamente a los estudiantes o individuos, tal como lo señalaron desde un inicio sus defensores. El CAE, según lo ya abarcado en Atria y Bellei, es un paradigma esencial de lo que se conoce como ‘financiamiento compartido’ y, por ende, una institución esencial de la ‘mercantilización educacional’. La lógica que subyace al CAE es, en resumen, brindar a los particulares la posibilidad de volverse guardianes de la garantía educacional (lo cual, sabemos, puede no ser problemático en lógica de garantía de respeto, no de satisfacción).

Sin embargo, esto guarda relaciones mucho más latentes de lo que esta abstracta reflexión sugeriría; la discusión sobre la posibilidad de discriminar arbitrariamente subyace nuevamente, como si acaso la discriminación en sí no fuese un aspecto esencial de cualquier derecho natural esencial; lo resistido por el TC, en términos de que la regulación del estado significaría una discriminación a los prestadores de la educación, es una ‘contra-manifestación’ al paradigma que manifiesta que los fondos públicos y estatales no pueden irrogar criterios de discriminación alguno; en otros términos, cuando el soberano, a través de la ley, reclama su derecho a regular la discrecionalidad pluralista de sus fondos es, en gran medida, una manifestación del principio de la arbitrariedad; esto se contrapone, en esencia, a lo manifestado por el TC, o sea, un derecho inherente a discriminar, el cual el estado le priva a través de una discriminación; ergo, el discriminador ha resultado discriminado ⁴³.

⁴³ Atria expone esto, en las siguientes palabras más elocuentes: “... Uno podría argumentar que los fondos públicos han de estar sujetos a un régimen especial al que no están afectos los fondos privados. Esta es una idea habitual en el derecho público moderno, y se fundamenta en la diferente posición que ocupa el Estado en su relación con los ciudadanos y la que ocupan los individuos entre sí. La acción del estado está siempre afecta a lo que suele llamarse “el principio de interdicción de la arbitrariedad”, que está formulado en el Artículo 19 N°2 del texto constitucional vigente... Pero nótese cuidadosamente: el principio de interdicción de la arbitrariedad no se aplica a los individuos en sus relaciones entre sí, porque en sus relaciones entre sí los individuos no están obligados a justificar sus decisiones. Si el vendedor quiere cobrar una determinada suma a cambio del bien que ofrece, puede lícitamente responder “porque sí” si el comprador le pregunta por qué pide ese precio. Esto es lo que el principio de interdicción de la arbitrariedad le prohíbe al estado. Si para acceder a un subsidio o a una concesión o en general a cualquier cosa provista por el estado, se exige una condición determinada, el ciudadano siempre está en principio autorizado a preguntar qué justifica esa exigencia, y el estado no puede responder “porque sí”” (Atria, 2014).

Tal como se señalaba, es interesante y crítico identificar que el proyecto más ‘garantista’ en términos educacionales de la época, ha debido adecuarse a esta misma lógica de ‘financiamiento compartido’, más allá de señalar un principio y orientación completamente distinto en su mensaje (ya comentado, en los Artículos del mismo proyecto). Sin embargo, nada de ello obsta a reconocer, tal como se dijo, que constituye un avance en términos de garantías de satisfacción, por cierto; y que no se suscriben teorías que transforman los derechos sociales en arquetipos de derechos subjetivos a determinada institucionalidad.

Actualmente, durante el trámite de esta investigación, nos encontramos en un escenario educativo donde el CAE constituye la piedra angular del debate público en la materia. Ha sido anunciado, de manera parcelada, un proyecto por parte del Ministro de Educación, con respaldo del Presidente Gabriel Boric, en relación a ofrecer un nuevo sistema de financiamiento similar al CAE, e instaurar un nuevo sistema de financiamiento educacional. Lo primero emula, francamente, un proyecto enviado ya hace una década por parte del ex Presidente Sebastián Piñera en la misma materia, y constata la realidad material de que hay un consenso político dirigencial en torno a la crisis del modelo educativo de financiamiento compartido, al que dio lugar el CAE. Se han propuesto, en términos retóricos, medidas que apuntan netamente a renegociar la deuda educativa y dar por saldada o condonada en los casos donde se ha pagado el 70%, y se ofrecen beneficios tributarios a quienes ya la han pagado previamente. Por otra parte, el nuevo sistema educacional pretende instaurar –nuevamente- un sistema que refuerza el pilar gratuito, insistiendo en la contraprestación de los profesionales una vez ya titulados y con ingresos mejorados; pese a lo problemático que podría ser, en lógica de derechos sociales, la exigencia de contraprestaciones, se ha precisado hasta el cansancio que hasta el más recóndito de los derechos sociales implica financiamientos –directos o indirectos-, y que la educación o los servicios públicos no provienen del maná; así, sea a través de lógicas impositivas, aportes de empresas públicas o impuestos a los profesionales, la educación se debe financiar (Atria, 2014). Empero, un análisis detallado del proyecto del gobierno pareciera dejarnos en esta constante encrucijada de derechos mixtos, toda vez que –a la luz de lo evidente- no ofrece garantías para los individuos endeudados por el negocio educacional; no podría más que advertirse -de manera crítica- que la invitación a renegociar una deuda es tanto más garantía para el prestador y acreedor que para el deudor mismo, toda vez que lo notifica e impide cualquier actividad procesal legítima en relación con alegaciones en torno a la prescripción. Este proyecto se hace cargo, en todo caso, de una discusión jurisprudencial reciente en torno a los plazos de prescripción del CAE, cuando la Tesorería de Estado es la titular de la deuda, que lo declaraba hasta hace poco imprescriptible, precisando ahora el plazo de 15 años para su prescripción. Por lo pronto, las

sumas de intereses que deben asumir cada uno de los chilenos a través de las garantías rendidas por los bancos hacia el estado, hacen cuestionar la hipótesis principal de la ‘Libertad de Enseñanza’ criolla: ¿es que no estamos ante un derecho social o, realmente, nos situamos ante este mismo mezclado con una exigencia de intermediación comercial en materia de garantías fundamentales? Nadie podría sugerir, de ninguna manera, que el Estado no desembolsa cifras millonarias en materias de CAE, las cuales, en todo caso, no son alegadas por los detractores de los derechos sociales como contrarios a la escasez de recursos.

Por lo pronto, este investigador se mantiene en alerta y vigía del proyecto sin ánimos de caer en falacias ni desesperanzas, pero consciente de las trastiendas que proyectos similares han sufrido en la materia (en un contexto político que, por cierto, no es acompañado de las mayorías parlamentarias progresistas con las que contaba Michelle Bachelet en su segundo periodo).

En torno a la jurisprudencia del CAE, y tal como se decía, es preciso reseñar brevemente que el año 2022, la Corte Suprema en Rol N° 123.127, declaró lo siguiente: *“(...) todos los créditos solidarios se fraccionan para su pago, de donde se sigue que la imprescriptibilidad referida en el Artículo 13 de la Ley N°20.027 los comprende a todos, porque todos se pagan en cuotas. En conclusión, los créditos otorgados de acuerdo a la señalada Ley N°20.027 e impagos por cualquier causa, que tenga como titular al Fisco, cuyo es el caso, no prescriben de conformidad con las reglas generales, sino que resulta aplicable a su respecto, la norma especial, contenida en el Artículo 13 inciso 2° del mismo cuerpo normativo”* (CS, rol 123.127). Esta sentencia es esencial de analizar no netamente desde la perspectiva del derecho social propiamente tal, sino desde los avances o desarrollos (judiciales) que ha tenido el derecho a la educación post-procesos constituyentes⁴⁴.

Por último, en línea a lo ya analizado, resulta del todo llamativo asumir jurídicamente el cariz de esta calificación mercantil, como una cuasi condena o acta de sentencia definitiva, firme y ejecutoriada, sobre todo a la luz de lo ya visto; que inexpugnablemente irroga derechos adquiridos; ergo, propio de los tiempos de liquidez contemporánea de todas las estructuras clásicas –tanto culturales, como tradicionales y sobre todo las políticas-, hasta el más humilde y recóndito de los derechos puede ser objeto de un cariz ‘mixto’. Esto, a criterio de Abramovich y

⁴⁴ Se ha discutido bastante si esto es un reforzamiento o regresión propiamente tal del derecho a la educación misma, y sobre el posible contenido político de un fallo así. Las lógicas del CAE, propiamente tal, no son baladí ni temas carentes de toda filosofía, ya que, y a la postre de lo expuesto, en sí ese es uno de los mecanismos en que el régimen público cautela o garantiza el derecho a la educación; su diferenciación de otros tipos de deuda y sus lindes con otros créditos comerciales, nos hablan de lo mismo antedicho: llegar a este punto del desarrollo de cobertura educacional no ha sido exento de conflictos. Por supuesto, una negativa o crítica indebida al CAE, nos implicaría posicionarnos en un entramado donde no solo no nos hacemos cargo de la escasez misma, sino tampoco de la cobertura (la cual, evidentemente, ha ido aumentando –con matices en la calidad- desde los años 80 a la época).

Courtis, nos lleva al asunto problemático de circunscribir los derechos civiles por un lado, los derechos políticos por el otro y, por otro lado, y en las cuasi postreras, los derechos sociales derivados de la comunidad; esto presenta serias incongruencias tanto en términos teóricos como prácticos (Abramovich & Courtis, 2002). En concreto, para efectos del derecho comercial, es innegable, por ejemplo, que los criterios de solidaridad han inundado también a este derecho; criterios que, por cierto, no son inventos pseudo-socialistas (según uno pudiese intuir argüirá Nozick), sino principios orientadores del derecho civil y privado también; así, el derecho del consumidor cada vez se presenta como un derecho más propenso hacia los consumidores, en defensa de las evidentes relaciones de desigualdad y regulación que les presentan grandes corporaciones; o bien, el derecho laboral, de raigambre social histórica, ha evolucionado en un derecho prisma esencial del libre mercado y la desprotección del trabajo ⁴⁵.

Finalmente, es trascendental terminar recalcando que el derecho es una estructura en constante construcción y reinterpretación (algo que suele ser llamado “derecho dúctil”); por eso, más allá del eminente cariz comercial –en sentidos estrictos o mixtos- que pudiese llegar a tener el derecho a la educación, el enfoque aportado por Abramovich y Courtis conmina a rescatar lo esencial, que ha sido constante durante toda esta exposición: lo esencial, valga la redundancia, no es el arquetipo, no son las etiquetas, el cariz o la portada; en derecho lo esencial son las obligaciones y su carácter, y no existen derechos rígidos y exentos plenamente de contener obligaciones que vayan más allá de su propio ámbito del derecho (probablemente, en ese sentido, la misma descodificación que acompaña al derecho comercial en su conjunto, sí haya influido también otros ámbitos del derecho, como este).

III. CONCLUSIÓN.

Finalmente, ya habiendo sido enriquecido el debate lo suficiente, se procederá a enumerar una serie de conclusiones, en pos de la armonía y consistencia investigativa. Algunas ya fueron esbozadas sucintamente y otras, más allá de afirmar o criticar, pretenden generar propuestas para futuro:

- 1) Los derechos sociales existen jurídicamente en tanto entidad mixta del derecho (como un derecho subjetivo de construcción socio-liberal; en tanto apertura de la legitimidad de los derechos ciudadanos y civiles, y soporte de fórmulas democrático liberales a intereses

⁴⁵En palabras propias de Abramovich y Courtis: “*la concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos tradicionalmente considerados “derechos-autonomía” o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados civiles y políticos han adquirido un indudable cariz social... El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios... En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos*” (Abramovich & Courtis, 2002).

‘de clase’ reivindicados por los socialistas). Ergo, pueden ser interpretados o reinterpretados desde distintas epistemologías políticas. Negar ‘de plano’ que las concepciones liberales de los mismos son menos ‘derechos sociales’, no se condice con un sentido coherente a su origen.

- 2) Asumido lo anterior, hay suficientes argumentos, conjugados al rigor de nuestro ordenamiento jurídico, para asumir que los derechos sociales son derechos subjetivos, vigentes. Y, más allá de su origen epistemológico, no es necesario recurrir a la moral para sostenerlos nacionalmente, dada la existencia y vigencia del PIDESC. Así también, las corrientes privatistas extremistas que sostienen su negación, no resisten análisis riguroso a la luz del complejo derecho contemporáneo; la insistencia en ellas no obedece a criterios de ‘técnica jurídica’, sino a nostalgia anti-socialista, por cierto mundo polarizado en que, fantásticamente, el desarrollismo, la socialdemocracia y la evolución del derecho liberal nunca ocurren. Se recalca que, pese a lo dialécticamente analizado, este escribano considera tajantemente que derechos sociales y derechos socialistas no son lo mismo.
- 3) Los derechos sociales son la consagración jurídico-liberal, en el marco de estados democráticos de derecho, de los ‘intereses de clase’, o bien, del poder jurídico subjetivo que se le reconoce a cierto sujeto de derecho (sea colectivo o individual), al disfrute y goce de una cosa o prestación (usualmente, por parte del estado).
- 4) Los criterios esbozados por Höffe, respecto a la negación total de estos desde el derecho civil, los considero superados desde la explicada ‘evolución del derecho’, en Courtis y Abramovich. Probablemente sea el asunto sobre la justiciabilidad de mayor trascendencia que la negativa acérrima a estos, lo que complejiza más este debate. Pese a lo citado de ambos, y a inclinar explícitamente el análisis por el profesor Atria, no deja de llamar la atención las distintas figuras en torno a garantías suscitadas por los procesos constituyentes al respecto. Quizás nuestro país se encuentra -inconscientemente- en un estado de consenso respecto a la justiciabilidad de derechos sociales.
- 5) Son las obligaciones jurídicas señaladas y acordadas por la humanidad en su conjunto, consagradas en el PIDESC, las que definen a los derechos sociales; no la justiciabilidad. El derecho social, visto en términos de esa subjetividad obligacional, irroga acciones que permitan superar estados de necesidades, incompatibles con el desarrollo pleno y libre de todo ser humano; un derecho social no es un derecho a cierta estructura de exigencia concreta, o un derecho a determinada institucionalidad. Más allá de que existan estructuras más garantes que otras y que, evidentemente, nuestra dirigencia política, cultural y económica, tiene un consenso en reconocimiento de amparos judiciales en la

materia (expresados en ambos procesos constituyentes), el cual ha sido resistido por una ciudadanía más ajena a la legitimidad de la dirigencia que de sus propuestas ‘en sí’.

- 6) El derecho a la educación implica una faz general y otra específica, que se han denominado ‘educación en concreto’ y ‘Libertad de Enseñanza’, respectivamente. Ambas son igualmente legítimas en virtud de lo analizado, sin embargo, solo una ha sido elevada como fuente subjetiva del recurso de amparo. No hay justificaciones dogmáticas claras para dicha exclusión. Ambos derechos se rigen por principios y fines claramente definidos, tanto por el PIDESC como por legislación local, cuyo goce no es susceptible de reinterpretaciones y sujeto al antojo de otros poderes. El derecho a la educación implica una noción colectiva de este derecho, asociado a garantías de satisfacción, y la Libertad de Enseñanza a una noción atingente a dimensiones proto-colectivas (como la familia) o individuales, asociado a garantías de respeto (como el derecho de los padres a elegir un establecimiento educacional, por ejemplo).
- 7) El derecho social a la educación es un derecho subjetivo cuyo uso, goce y disposición es brindado subjetivamente en torno a la categoría de ‘ciudadano’, cuya consagración fundamental obedece a los principios y fines establecidos en el PIDESC y ratificados por Chile. Su potestad intrínseca implica ser salvaguardado de estados de necesidad señalados en estos acápite, de ‘manera eficiente’.
- 8) La gratuidad es un mecanismo que sirve para garantizar el ‘derecho social a la educación’, reconocido en el PIDESC y en la doctrina. Aunque sea un foco aliciente de interés a la hora de estudiar los ‘derechos sociales’, resulta esencial diferenciar los elementos de la esencia de los que solo son mecanismos/herramientas para estos. Si bien no fue objeto de estudio presente, vuestro expositor es consciente del riesgo que implica que el ‘régimen de cobertura’ de un derecho social, capture y re-transforme en acápite burocrático más esencial que la subjetividad o potestad originaria misma del derecho social; así, un estudio administrativo detallado del derecho francés, español o argentino, pudiera orientar bastante el meollo de esta crítica. No menos relevantes, por cierto, se tornan las palabras ya citadas de Marx, a la hora de proferir su desconfianza contra “el derecho de los hombres y el ciudadano”. Un riesgo que, por cierto, toda epistemología que se jacta de ser democrática debe asumir, pero no olvidar.
- 9) La ‘Libertad de Enseñanza’ no es justificación coherente de la intermediación comercial en educación. Su proposición, vista así, es una creación forzada y tendenciosa de cierta academia minoritaria (como Fermeois y ‘Libertad y Desarrollo’), lamentablemente reivindicada en una sentencia del TC en la materia (que, a juicio presente, no es coherente

con anteriores fallos ni la doctrina). Dicho órgano, a lo menos, ha carecido de la debida prudencia interpretativa, a la hora de sostener una especie de discriminación arbitraria en educación, contra los prestadores, a razón del intento de prohibir expresamente el lucro comercial en educación. Su razonamiento, tal como se dijo, desnaturaliza no la esencia subjetiva misma de este derecho social a la educación, sino su mecanismo de ‘garantizar eficacia’, estableciendo parámetros difusos y anómicos de lo que se entiende como ‘intermediación comercial en la provisión de derechos sociales’. Un riesgo similar al narrado anteriormente, pero lamentablemente consumado.

- 10) La interpretación del TC en 2018, claramente, contradice sustancialmente su lógica de 2009 y 2015. Pese a no haber un sistema de precedentes o jurisprudencia vinculante que le restrinja, a lo menos la incoherencia instalada permite hablar de un escenario de ‘jurisprudencia contradictoria’; que, por cierto, si estuviésemos en sede de Casación, implicaría reglas procedimentales especiales de la Corte Suprema, con el fin de amparar la insoslayable necesidad de ‘seguridad jurídica’.
- 11) Pese a lo profesado por ciertas corrientes comerciales y privatistas, el ‘derecho social a la educación’, en tanto faz fundamental subjetiva tanto del ‘derecho a la educación en concreto’ como la ‘Libertad de Enseñanza’, es evidente que la prestación educativa estatal no es lo mismo que el *know-how*, de ninguna manera (ni concreta, dogmática, etc).
- 12) Empero, aún excluido plenamente de un contrato atípico o típico comercial, esta prestacional educativa, irroga características mixtas en su ‘garantía eficaz’, que se remiten a ciertos contratos y/o aspectos específicos del derecho comercial (v.gr: sistema de vouchers), para mejorar la oferta y/o cobertura educativa. Esto, tal como se profirió insistentemente, obedece a lógicas de herramientas para garantizar el acceso, no a una plena desnaturalización del derecho social subjetivo en sí.
- 13) Mi propuesta final, al respecto, delimitada toda la cuestión ontológica, apunta tanto al análisis futuro, como al quehacer jurisprudencial y político. En torno a lo primero, se recomienda la consecución del estudio de este derecho, al alero de lo resuelto -finalmente- por el Congreso en torno al proyecto sobre CAE y nuevo sistema de educación; humildemente, se recomienda al TC, y su nueva composición, salvaguardar la esencialidad de esta potestad, acorde a resoluciones del 2009 y 2015; a la (dirigencia) ‘política’, y sus no menores e incipientes complejidades, se recomienda la impostergable cautela de los acuerdos, de cara a una ciudadanía desconfiada, pero no escéptica ni neutral.

Listado bibliográfico.

Abramovich, V., Courtis, C., & Ferrajoli, L. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Vol.2). Madrid: Trotta.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Aldunate, E. (2003). La titularidad de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Constitucionales*, 187-201.

Atria, F. (2004). ¿Existen los derechos sociales? *Discusiones*, 4, 15-59.

Atria, F (2014). *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público. La educación como un derecho social*. Santiago: LOM Ediciones.

Arango, R. (1998). Derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. *Pensamiento jurídico*, (8).

Bellei, C. (2015). *El gran experimento: Mercado y privatización de la educación chilena*. Santiago: LOM.

Bernstein, E. (1897). What Marx Really Taught. *Justice, February*, 13(3).

Brunner, O., Conze, W., & Koselleck, R. (2004). *Marx-Engel* (Vol. 4): Conferencias con Wolfgang Schieder: *Socialismo. Conceptos históricos básicos*. Berlin: Dietz Verlag.

Eide, A (1989). Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo. *Revista de la comisión internacional de juristas* 43.

Fernandois, A. (2005). El mito de la Constitución Neoliberal: Derechos sociales en la Constitución Neoliberal. *Revista Derecho UC*, 213-242.

Gargarella, R (1998). Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?. En: *Revista Jueces para la democracia*, volº1, Nº31, pp. 11-15.

Höffe, O., Moellendorf, D., & Pogge, T. (Eds.). (2007). *Democracy in an Age of Globalisation*. Dordrecht: Springer Netherlands.

Kaiser, A. (2016). *Los derechos sociales son un mito: Un derecho social es un derecho a la plata de otro*. El Líbero. Recuperado el 22 de Diciembre de 2024 en: <https://eliberero.cl/actualidad/axel-kaiser-los-derechos-sociales-son-un-mito-un-derecho-social-es-un-derecho-a-la-plata-de-otro/>

Kelsen, H. (2023). *Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934*. Trotta.

Marcuse, H. (1969). El marxismo soviético (Soviet marxism). *Estudios Sindicales y Cooperativos*, (10), 187-197.

Marshall, T. H. (1950). Citizenship and social class. *Cambridge University Class*.

Martínez, C (1971). *Bases para la estructuración de un sistema universitario nacional chileno*. Valparaíso: EDEVAL ediciones.

Marx, K. (2020). "Critique of the Gotha program". In *Self-governing Socialism: A Reader: v. 1* (pp. 438-441). Routledge.

Monckeberg, M. O. (2013). "Con fines de lucro". Debate.

Salgado, C (2015). El derecho a la educación. En: Viera, Christian, et.al., *La Constitución Chilena*. Santiago: LOM Ediciones, pp. 77-99.

Nozick, R. (1974). *Anarchy, state, and utopia*. Nueva York: Basic Books.

Peña, C (2016). *Derecho a la educación y Libertad de Enseñanza*. Revista Estudios Públicos. Recuperado el 20 de Diciembre de 2024 de <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/152>.

Pérez, J. L. M. (2015). William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de seguridad social. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, (4).

Quezada, Flavio (2020). Derecho a la educación y Libertad de Enseñanza. En: Salgado, Constanza, et.al., *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Referencias legales o normativas.

Ley 18.962. (1990). *Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza*. Ministerio de Educación Pública. *Diario Oficial de la República de Chile*.

Ley 20.370. (2009). *Establece la Ley General de Educación*. *Diario Oficial de la República de Chile*.

Ley 21.091. (2018). *Sobre Educación Superior*. Ministerio de Educación. *Diario Oficial de la República de Chile*.

Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*.

Jurisprudencia.

Corte Suprema.

Sentencia de la Corte Suprema de Chile (2023). Recurso de casación en la forma. Rol N° 123.127, de 7 de noviembre. Caso: Corte Suprema declara imprescriptibilidad de títulos de deuda educacional cuando su titular sea el Fisco.

Tribunal Constitucional.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2007). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Rol N° 523-07, de 19 de enero. Caso: reestructuración del Liceo Experimental Manuel de Salas y supresión de cargos por el Rector de la Universidad de Chile.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2009). Control de constitucionalidad de proyecto de ley. Rol N° 1363-09, de 28 de julio. Caso: Control preventivo de constitucionalidad de la LGE.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2013). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del D.F.L. N° 153 de 1981, del Ministerio de Educación. Rol N° 2252-13, de 2013. Caso: control por inaplicabilidad del estatuto de la Universidad de Chile.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2015). Control de constitucionalidad de proyecto de ley. Rol N° 2787-15, de 1 de abril. Caso: Control preventivo de constitucionalidad de la “ley de inclusión”.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2018). Control de constitucionalidad de proyecto de ley. Rol N° 4317-18-CPR, de 26 de abril. Caso: Control preventivo de ley de educación superior, y apartados que declaran requisito de ‘sin fines de lucro’ para integrar corporaciones educacionales.

Dedicatoria.

*A Waleska, mi madre
por su apoyo incondicional.*

*Al profesor Aldo Valle,
por su guía con sabiduría y paciencia.*

*Y, póstumamente,
a los jóvenes Diego Guzman y Exequiel Borvarán,
que perecieron luchando por la educación como derecho social, a solo metros de esta escuela.*