

La Educación Superior como Derecho Social¹

Capítulo I. Derechos Sociales.

¿Por qué hablamos de este tema?

Desde el año 2006, y con mayor fuerza durante el 2011, la educación ha sido puesta en el centro del debate político y social. Este movimiento por la educación ha buscado instalar, por medio de consignas, marchas y una gran cantidad de creativas intervenciones, la idea que la Educación debe ser entendida como un Derecho Social, en oposición al mercado, y que debe ser garantizado por el Estado por medio de una “Educación Pública, Gratuita y de Calidad para todos”.

Este año 2017 es particularmente importante para la discusión y tramitación de una reforma a la Educación en todos sus niveles, dado que se están tramitando importantes proyectos e implementando leyes, tomando un lugar especial la reforma a la Educación Superior.

Para poder comprender de mejor forma tanto las demandas del movimiento social por la educación, como la discusión relativa a las reformas que buscan responder a él, es necesario definir el contenido y alcance de la idea de la Educación Superior como un Derecho Social.

- **Resumen:**

Desde el año 2011, con el movimiento social por la educación, y luego con el programa y posterior gobierno de Michelle Bachelet, la idea de educación como derecho social ha tenido una relevancia central en la discusión política y legislativa. Por lo tanto, resulta fundamental determinar qué entendemos por ellos, de tal modo de poder comprender la demanda que aquellos se anida.

Los derechos sociales como compromisos programáticos: Una manera de comprenderlos es aproximarnos a ellos como compromisos programáticos presentes en la Constitución, del que no se derivan consecuencias directas para las personas, sino que más bien emplazamientos al parlamento a legislar al respecto.

Los derechos sociales como derechos individuales: Frente a lo anterior, hay quienes han planteado que las diferencias entre los derechos sociales y demás derechos, en cuanto al contenido de los mismos, es una diferencia superficial, de la que no debería seguirse un tratamiento distinto a cualquier otro derecho. Por lo tanto, deben ser tratados como los derechos individuales a un mínimo de prestación de servicios sociales, exigible ante tribunales.

Los derechos sociales como derechos de ciudadanía: Se desarrolla esta concepción como una crítica a la anterior, en razón de que, por la naturaleza de los derechos sociales, deben ser tratados de manera distinta, dado que son derechos que presuponen la cooperación entre los ciudadanos,

¹ Documento elaborado la Dirección de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y su pasante, Fernando Carvallo Arrau.

mientras que los derechos individuales son indiferentes a la misma. Esto implica que el modo de satisfacerlos es por medio de la esfera pública, no privada, tras la deliberación política.

1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de derecho social?

- Origen.

Su origen histórico podemos situarlo en el siglo XIX, dentro del contexto de la industrialización, como respuesta de los grupos obreros frente a la primacía del individualismo liberal, en que los derechos eran vistos como mecanismos de protección de aspectos de la vida privada de los individuos, que se alegaban anteriores al Estado, para poder defenderse frente al mismo. Los derechos civiles y políticos, que en adelante serán referidos como derechos individuales, implicaban, por tanto, un deber de abstención del Estado. Sin embargo, grupos significativos dentro de la sociedad, que se encontraban en una situación de desigualdad y subordinación, por medio de organizaciones y movilizaciones, comienzan a exigir un cambio en la concepción de igualdad, que era entendida como igualdad formal (una igualdad dada por sentado), para pasar a una igualdad material, que conlleva el reconocimiento de una serie de derechos de los participantes de la sociedad, que por el solo hecho de ser miembros de ella, debían ser satisfechos por medio de un actitud positiva del Estado.

Jurídicamente, como explica el profesor Fernando Atria², estas ideas debieron ser defendidas como “derechos”, toda vez que, para el liberalismo, sólo un derecho puede restringir a otro derecho. Así, las únicas restricciones legítimas a los derechos individuales podrían ser solamente otros derechos.

De este modo, en la tradición socialista el derecho debe dar cuenta de una forma distinta de comunidad, donde los individuos reciben de acuerdo a sus necesidades y aportan de acuerdo a sus capacidades, a diferencia de la tradición liberal, donde el derecho es indiferente frente a la cooperación³.

Por lo tanto, los derechos sociales tienen un origen histórico vinculado al socialismo, que implica el reconocimiento de que la calidad de ciudadano trae consigo una serie de derechos respecto de

² ATRIA, F. 2004. “¿Existen derechos sociales?”. En revista “Discusiones” N°4. [en línea] <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>> [consulta: 22 de Noviembre de 2016]

³ Explica el autor “(...) los derechos en principio sólo conocen como límites a otros derechos: ‘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)”. Agrega, además, que “[e]n 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 (...) 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 expresa el slogan del National Health Service británico, ‘from cradle to grave’ (desde la cuna hasta la tumba).” ATRIA, F. Ob. cit. p. 27.

los cuales la comunidad, expresada en el Estado, resuelve estas necesidades consideradas relevantes. En ese sentido, el asegurar derechos sociales posibilita la satisfacción de otros derechos (civiles y políticos), dado que “[l]os derechos económicos, sociales y culturales en cuanto derechos sociales fundamentales explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y solidaridad humana, buscando superar las desigualdades sociales, generando el derecho de participar en los beneficios de la vida social (...)”⁴, de tal modo que asegura la igualdad que formalmente es supuesta por los derechos civiles y políticos.

Sin embargo, en cuanto a la concepción y el tratamiento que el sistema jurídico hace de los derechos sociales, han existido importantes diferencias que tienen como consecuencia diversas formas de comprenderlos. Es por ello que, de manera ilustrativa, se presentarán diversas concepciones del contenido y alcance de los derechos sociales en nuestro sistema legal.

2. Diversas concepciones sobre cómo entender un Derecho Social.

a) *Derechos sociales como derechos programáticos.*

La manera tradicional de entender los derechos sociales consiste en aproximarse a estos derechos como compromisos programáticos del que no derivan obligaciones, sino que principios orientadores para el quehacer del parlamento⁵. Esto quiere decir que los derechos sociales son disposiciones que cumplen una función política que busca incidir en el contenido de las leyes del legislador, donde su dimensión jurídica “no se proyecta frente a la ley, como ocurre en el caso de las libertades, sino que comienza a partir de la ley”⁶. De este modo, más que obligar al legislador, lo facultan, sin exigir desarrollos determinados, lo “autorizan para limitar los derechos de libertad, cuando las limitaciones se enderecen a cumplir los objetivos de justicia social”⁷.

⁴ Derechos Sociales en la Constitución del 80 (... y del 89, y del 2005) Domingo Lovera Parro Serie Working papers ICSO-UDP N° 3 - 2009 [en línea] <<http://www.icsoc.cl/images/Paperss/primerpaper.pdf>> [consulta: 5 de Diciembre de 2016] p. 4.

⁵ Salazar los describe como “disposiciones programáticas, mandatos de optimización, derechos debilitados u otros adjetivos que implican cuestionamientos a la fundamentalidad de los derechos sociales, principalmente cuando son comparados con las libertades y derechos civiles y políticos” SALAZAR PIZARRO, Sebastián. 2013. “Fundamentación y estructura de los derechos sociales”. Rev. derecho (Valdivia). vol.26, n.1, pp.69-93. [En línea]<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502013000100004&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 02 de Junio de 2017]; Al respecto, Carlos Bernal Pulido afirma que “la concepción de las normas de derechos de prestación como normas programáticas les niega cualquier tipo de carácter vinculante frente al Legislador. Correlativamente, niega cualquier expectativa, ventaja o pretensión que pudiera atribuirse al individuo y que pudiera considerarse exigible por vía jurisdiccional”. BERNAL PULIDO, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. Discusiones (Publicaciones periódicas) [En línea] Vol. 4, 2004 pp. 99-144. Disponible en: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/06923896589547328537857/015574.pdf?incr=1>> [Consulta: 02 de junio de 2017]

⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. Cit.

⁷ Ibíd.

Esta comprensión se deriva de su característica de no tener un contenido determinado y, por tanto, ser exigibles directamente (como los derechos individuales llamados derechos de primera generación). Como explica Fernando Atria “la especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación”⁸.

Esto ha llevado a que exista una comprensión, por parte de diversos autores, que los derechos sociales sean derechos de segundo orden, en tanto son derechos cuyo contenido específico no se encuentra expresamente definido y, por tanto, no pueden ser exigidos ante los tribunales de justicia. Esto, en contraposición con los derechos individuales que, como se verá más adelante, sí ven especificado el deber correlativo que implican, lo que los hace ejecutables por definición⁹.

DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN. Surgen con la revolución francesa y corresponden a los derechos civiles y políticos; aquellos que buscan la protección de las libertades individuales frente a la intervención del Estado, exigiendo de este una actitud pasiva o de “no intervención” en la vida y propiedad de las personas. Así como la participación de los individuos en el Estado. Por lo tanto, pretenden limitar y participar en el poder. Por ejemplo: inviolabilidad del domicilio, el de no ser detenido y preso en forma arbitraria, derecho a sufragio, entre otros.

DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN. Surgen postrevolución industrial y corresponden a los derechos económicos, sociales y culturales, que implican el reconocimiento de una serie de derechos de los individuos de una sociedad, por el hecho de ser miembros de ella, y que importan una actitud positiva del Estado (deber de satisfacción de estos derechos) Por ejemplo: derecho a la salud, a la educación, libertad de asociación, entre otros.

DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN. Corresponden a los derechos de los pueblos o de solidaridad. Son deber del Estado y de la Comunidad Internacional completa, por ejemplo: derecho al medioambiente, a la paz, a la coexistencia pacífica, identidad nacional y cultural, entre otros. No están reconocidos en nuestra Constitución.

b) *Los derechos sociales individuales.*

¿Qué es un derecho individual (subjetivo)?, corresponde a la facultad que el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto de derechos (personas naturales y jurídicas) de ejercer determinada atribución (contenido del derecho), excluyendo a otros. Tiene como contracara una “obligación”. Por ejemplo: si uno es dueño de un auto, tiene derecho de dominio respecto de él que habilita usarlo, arrendarlo, venderlo, etc. Como contracara, el resto de las personas tienen la obligación de abstenerse de actuar como dueños del auto.

Reaccionando contra la comprensión anterior, diversos autores han planteado que no existen diferencias estructurales relevantes entre los derechos sociales y los derechos individuales, por tanto deben ser tratados del mismo modo en los sistemas jurídicos.

⁸ ATRIA, F. 2004 Ob. cit. p. 20.

⁹ KRAMER, M. H. 1998. “Rights Without Trimmings”. En M. H. Kramer, N. Simmonds, & H. Steiner, “A Debate Over Rights”. Oxford University Press. Nueva York, Estados Unidos. pp. 7-112.

Dentro de los principales exponentes de esta concepción, encontramos a Robert Alexy¹⁰ que, en su libro “*Teoría de los derechos fundamentales*”, dedica una importante sección para abordar el problema al que nos enfrentan lo que él denomina los “derechos de prestación en sentido estricto” (donde sitúa a los derechos sociales) El autor, parte definiendo los Derechos Sociales Fundamentales como los “derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares”¹¹. A partir de esta definición nos presenta que las normas que están presentes en las Constituciones, bajo esta designación, son particularmente diferentes de los demás Derechos Fundamentales¹².

Para Alexy, el punto de partida de esta discusión está en el concepto de libertad, donde identifica dos aspectos: una libertad jurídica y una libertad material; es la segunda la que le da valor a la primera, y consiste en las condiciones materiales que permiten hacer uso de la libertad jurídica (Ejemplo: en un país se consagra el derecho a la salud, pero gran porcentaje de sus ciudadanos no cumple los requisitos económicos de acceso para afiliarse al sistema de previsión que desean y así acceder a servicios de salud). Concluye que si el objetivo de los derechos fundamentales es que la personalidad humana se desarrolle libremente, ellos apuntan también a las libertades materiales, esto quiere decir que se deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas (asegurar aquello que lo hace posible), por tanto, los derechos sociales deben comprenderse como derechos individuales definitivos de prestación, consagrando una obligación del Estado a satisfacerlos.

Esta conclusión nos enfrenta a dos problemas, que dice relación con la posibilidad de la exigencia judicial de dicho deber, que van desde una argumentación *formal* a una *material*.

Respecto a los argumentos *formales*, aquellos nos llevan a negar esta característica en razón que la mayoría de los derechos sociales son de contenido muy impreciso, pero precisarlos es materia

¹⁰ En un sentido similar a lo planteado por Alexy, aunque con matices, encontramos a diferentes autores, dentro de los que podemos destacar a ABRAMOVICH, V., & COURTIS, C. 2002. “Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles”. Editorial Trotta. Madrid, España; ARANGO, R. 1997. “Derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”. Revista Pensamiento Jurídico N°8, p. 63-72; PRIETO SANCHÍS, L. 1995. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales N°22, p. 9-57; entre otros.

¹¹ ALEXY, R. (1993). “Derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos sociales fundamentales)”. En R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (E. Garzón Valdes Trad.) Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. p. 482

¹² Para dilucidar las características de este tipo de derechos fundamentales, Alexy propone distintas categorías, en razón de tres criterios: (i) en que pueden tratarse de a. derechos individuales o b. de normas que obligan al Estado sólo objetivamente; (ii) pueden ser normas a. vinculantes o b. no-vinculantes; (iii) las normas pueden fundamentar derechos y deberes a. definitivos o b. prima facie. A partir de estos criterios diferenciadores, Alexy ofrece 8 distintos tipos o categorías de normas que buscan hacerse cargo de las múltiples tesis teórico normativas que se formulan en el ámbito de los derechos sociales, comprendiendo en sus extremos, por un lado, la protección normativa más fuerte en los derechos individuales definitivos a prestaciones, que se materializan en derechos a un mínimo vital; y, por el otro extremo y desde una posición de protección más débil, las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo prima facie del Estado a otorgar prestaciones, es decir, disposiciones programáticas contenidas en la Constitución. ALEXY, R. Ob. cit.

del legislador y no de los Tribunales¹³. De lo contrario, estaríamos desplazando la política social desde la competencia del parlamento a la del tribunal constitucional.

Desde un punto de vista *material*, nos enfrentamos, según plantea el autor, ante la contradicción misma entre los derechos fundamentales de libertad, con los derechos sociales fundamentales, que se justifican en razón de la libertad. Y plantea que esta contradicción no sólo ocurre con la limitación del objeto del derecho a determinadas libertades en una economía de mercado, sino que sucede también en virtud que los derechos sociales son muy costosos, por lo que, para su cumplimiento, el Estado puede distribuir sólo aquello que, bajo la forma de tasas e impuestos, saca de otro, con fines distributivos¹⁴.

Frente a estas objeciones, Alexy propone un modelo de Derechos Fundamentales Sociales que se basa, como es característico de él, en la ponderación de principios. Esto significa que sólo en caso que el individuo no pueda satisfacer determinada necesidad (expresada en un derecho social) del mercado, el Estado deberá asistirlo para lograr ese objetivo¹⁵.

c. Los Derechos Sociales como Derechos de Ciudadanía.

A diferencia de Alexy, Fernando Atria se distancia de la idea de asimilar los Derechos Sociales a los Derechos Individuales, concepción que él denomina propia de una teoría constitucional “progresista”.

Atria, dando por sentado la diferencia de contenido entre las categorías de derecho antes señalada, se plantea descubrir “si hay diferencias más profundas, en su estructura, que tengan consecuencias institucionales respecto de cada categoría”¹⁶. Para esto, analiza el trabajo de Otfried Höffe, quien plantea que hay tres elementos diferenciadores entre los Derechos Individuales y los Derechos Sociales, a saber, (i) que los primeros son negativos, es decir, prohibiciones establecidas en favor del titular (un “no” intervenir), mientras que los segundos son positivos, dado que requieren provisiones positivas (intervención tendiente a su satisfacción); (ii) los Derechos Sociales son

¹³Böckenförde, “de acuerdo a los principios de división de poderes y de la democracia, la decisión sobre el contenido de los derechos fundamentales sociales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia, sino en la del ‘legislador directamente legitimado por el pueblo’” *Ibíd.* p. 490.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ “De acuerdo a esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los Derechos Fundamentales Sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación de principios”, encontrando por un lado la libertad fáctica, y por el otro, los principios formales de la competencia de la decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como también los principios materiales que se refieren a la libertad jurídica y a otros derechos fundamentales sociales y bienes colectivos. Este modelo, como bien dice el autor, no determina *ex ante* cuales son los derechos fundamentales sociales definitivos que tiene el individuo, “pero sí cuáles puede tener y qué es lo que interesa en la cuestión de su existencia y su contenido”. Y para entregar una respuesta general ante esta ponderación, concluye Alexy, los Derechos Fundamentales Sociales a un mínimo vital constituyen un derecho definitivo del individuo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto. Es decir, en la medida en que exista un peso específico mayor en favor del individuo, ese individuo tiene un derecho individual a la prestación que implica el aseguramiento de ese mínimo vital, donde “la competencia del tribunal termina en los límites de lo definitivamente debido”.

¹⁶ ATRIA, Fernando. 2014. “Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público”. Editorial LOM. Santiago, Chile. p. 39.

sensibles a la escasez, mientras que los Derechos Individuales no; y, relacionado con lo anterior, (iii) el contenido de los Derechos Sociales es sensible al desarrollo económico y a la cultura, de un modo que los Derechos Individuales no¹⁷.

Atria es partidario de las críticas que tildan de insuficiente estas diferencias, dado que “no dan cuenta de lo que los derechos sociales representan”¹⁸. En este sentido, el autor considera que los derechos sociales son derechos que se tienen en la calidad de ciudadano, de miembro de una comunidad y sólo por ese hecho; tienen su fundamento en un principio de solidaridad¹⁹.

Así, los derechos sociales no son exigibles en el mismo orden que los derechos individuales, es más, señala que es una contradicción en sí misma considerar que los derechos sociales son exigibles de la misma forma que cualquier derecho individual, porque ello implica reafirmar el carácter individual de protección frente a la sociedad, elemento que no es propio de los derechos sociales, toda vez que “(...) configuran una forma diferentes de comunidad, una que la comunidad como un todo se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros (...)”²⁰, concluyendo que “[l]a forma de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales (...) no puede ser juridificada sin ser desnaturalizada”²¹. Considera que no pueden ser exigibles del mismo modo que los derechos individuales, pero sí son fuente de obligaciones para el Estado (no son meramente programáticos).

Es bajo una idea de injerto (derechos sociales, ajenos a este sistema de derechos entendidos como “derechos individuales”, se incorporan en él) que se formula la crítica de Atria, quien presenta que usar el lenguaje de los derechos individuales en los derechos sociales corre el riesgo de neutralizarlos o normalizarlos, es decir que “el contenido transformador del injerto es negado por la vía de interpretarlo de acuerdo a la lógica del cuerpo receptor”²². Para el autor, entender a los derechos sociales como derechos individuales, indiferentes a la cooperación, implica que “los derechos sociales dejarían de entenderse como ideas fundadas en la noción de deber recíproco”²³, cuestión que es de su esencia.

Para evitar esta conclusión, es necesario afirmar que los derechos sociales son estructuralmente distintos a los derechos individuales, para lo cual es necesario dilucidar en qué aspectos se puede identificar la indiferencia a la cooperación de los derechos individuales y la oposición de los derechos sociales a esta idea, dado que suponen la cooperación.

¹⁷ Ibíd p. 38.

¹⁸ Ibíd p. 39.

¹⁹ Para este autor, la idea misma de los Derechos Sociales debe ser entendida como una crítica a la lógica individualista del Derecho Liberal de los Derechos Subjetivos (acá referidos como Individuales), dado que lo que buscan reafirmar es la idea de realización recíproca. En ese sentido, “los derechos sociales solo pueden ser entendidos como injertos anómalos en del derecho liberal, porque el derecho liberal está construido sobre la base de la idea de derecho subjetivo”. Esto no implica negarle relevancia al derecho liberal, sino que presentarlos como su superación, en virtud del reconocimiento de la continuidad transformadora que T. H. Marshall identifica al afirmar que los derechos aparecen progresivamente en la historia, donde cada paso desarrolla más plenamente el paso anterior, bajo la idea de ciudadanía .

²⁰ ATRIA. Ob. Cit. p. 44.

²¹ Ibíd. p. 53.

²² ATRIA 2014, Ob. Cit. p. 47.

²³ Ibíd.

Lo particular de los derechos individuales, como señala Atria aludiendo a Hohfeld, es que “la especificación de su aspecto activo es inmediatamente una especificación de su aspecto pasivo”²⁴, lo que quiere decir que el derecho del individuo implica, como correlato, el deber de un tercero para con el individuo, de tal modo de satisfacer el derecho que tiene²⁵. En cambio, en el caso de los derechos sociales, identificar el interés al que el derecho sirve no basta, dado que “el interés protegido no es caracterizado por referencia a la acción de otros, sino que sólo en atención al bienestar del titular del derecho”²⁶. Frente a ello, Atria intenta salvar la brecha entre el interés del titular y el deber del obligado.²⁷

Para ello, el autor presenta como respuesta el trabajo de T. H. Marshall sosteniendo que “los derechos sociales constituyen la sustancia de la ciudadanía: su contenido”²⁸. Esto, dado que, como se señalaba antes, hay ciertos aspectos del bienestar de todos que deben ser resueltos por todos, fundándose en la realización recíproca, o dicho de otro modo “(...) configuran una forma diferente de comunidad, una que la comunidad como un todo se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros (...)”²⁹, concluyendo que “[l]a forma de comunidad a la que apela la idea de derechos sociales (...) no puede ser juridificada sin ser desnaturalizada”³⁰. Esto implica entender que estos injertos extraños en el derecho liberal provocan una situación de inestabilidad que se resolvería “mediante la transformación del derecho liberal, que dejaría de ser un derecho fundado en la idea liberal de autointerés y pasaría a estar fundado en la idea socialista de deberes recíprocos”³¹.

²⁴ *Ibíd.* p. 48.

²⁵ HOHFELD, W. N. 1968 (1913). “Conceptos Jurídicos Fundamentales”. (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Fontamara.

²⁶ ATRIA 2014, *Ob. Cit.* p. 50.

²⁷ Una alternativa para salvar esta brecha viene dada por la teoría contractualista, entendiendo que “el único espacio que hay para fundar derechos sociales es el interés racional de cada uno en asegurar que cada uno se beneficiará del contrato de modo de poder exigirle, a cambio, su libertad natural”, lo que implica establecer un bienestar mínimo de tal modo de que sea conveniente suscribir el pacto social. Esta idea es complementaria de la idea de los derechos individuales subjetivos como derechos sociales a un mínimo, accionable ante los tribunales, que se revisaba con anterioridad, a propósito de la obra de Alexy. Sin embargo, esta comprensión no manifiestan la idea de igualdad inherente al deber recíproco y la cooperación, elementos identificados por Atria como fundamentales en los Derechos Sociales. Esta comprensión más bien implica una neutralización de ella. ATRIA 2014, *Ob. Cit.* p. 51.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ ATRIA, F. 2004 *Ob. Cit.* p. 44.

³⁰ *Ibíd.* p. 53.

³¹ ATRIA 2014, *Ob. Cit.* p. 53.

3. Cierre del Primer Capítulo.

Si bien esta comprensión de los derechos sociales pueden sonar muy conceptual, ella no quiere decir que los derechos sociales como derechos de ciudadanía no tengan contenido, sino que el modo de determinar el contenido no viene dado por el análisis jurídico, sino la decisión política que lo determina. En ese sentido “los derechos sociales no pueden ser entendidos, a la manera de los derechos individuales, como ‘cartas de triunfo’ frente a decisiones políticas³², sino como ideas que las informan y les dan sentido, un sentido que siempre apunta más allá”³³. Lo que quiere decir que algo sea un derecho social consiste en volver como asunto público el problema de su distribución, donde “la dimensión central no es qué prestaciones son aquellas a las cuales los ciudadanos tienen derecho, sino que, sino como las prestaciones disponibles, dadas las condiciones materiales, han de distribuirse”³⁴.

En este trabajo se preferirá³⁵, para identificar las demandas del movimiento social por la garantización del derecho a la educación, la idea de los derechos sociales como derechos de ciudadanía, en virtud que, como se verá más adelante, la oposición entre el mercado y los derechos sociales, presentada como uno de los principales elementos del movimiento social, sólo es concebible desde esta concepción. Esto, dado que la compatibilidad entre lo noción de derechos sociales como derechos individuales y la provisión de derechos por medio de instrumentos de mercado es evidente ya en su caracterización.

Es desde esta oposición entre concepciones, que tiene consecuencias materiales fundamentales, la óptica bajo la cual analizaremos en los próximos capítulos tanto la recepción del derecho social a la educación superior en Chile, como su tratamiento al interior de nuestro sistema educativo.

³² DWORKIN, Ronald. 1981. “Rights as Trumps”, Oxford University Press. Oxford, Reino Unido, citado en ATRIA, F. 2014 Ob. Cit.

³³ ATRIA 2014, Ob. Cit. p. 65.

³⁴ *Ibíd.* p. 66.

³⁵ La adopción de determinada comprensión de los derechos sociales, depende, como plantea Christian Courtis, de las preferencias axiológicas frente a frente a las preferencias ideológicas encarnadas en las opciones interpretativas. COURTIS, C. 2006. “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”. En C. Courtis, “Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho”. Editorial Trotta. Buenos Aires, Argentina. p. 349-387.