

LOS DERECHOS SOCIALES Y EL RÉGIMEN DE LO  
PÚBLICO

*Fernando Atria*

## FERNANDO ATRIA

Licenciado en derecho (1992), abogado (1993). PhD (University of Edinburgh, 1999). Profesor asociado, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Autor, entre otros, de *On Law and Legal Reasoning* (2002); *Mercado y Ciudadanía en la Educación* (2007); *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano* (2013); *Derechos Sociales y Educación. Un nuevo paradigma de lo público* (2014); y *La Forma del Derecho* (2016).

## LOS DERECHOS SOCIALES Y EL RÉGIMEN DE LO PÚBLICO

En su fundamental conferencia «*Ciudadanía y Clase Social*», el sociólogo británico T. H. Marshall distinguió tres momentos en el desarrollo de la noción de «ciudadanía»: en el siglo XVIII, con la irrupción de la noción de derechos civiles; en el siglo XIX, con la de derechos políticos; y, en el siglo XX, con la de derechos sociales. Él pretendía mostrar que no se trata ni de tres ideas independientes que surgieron de manera aislada ni de una teleología orientada a mostrar que «la historia está de nuestro lado» (Garland, 2015; Atria, 2015). Cada uno representa un momento de desarrollo de la idea de ciudadanía que permite volver la vista atrás y entender de un modo distinto los anteriores<sup>1</sup>.

Los derechos llamados civiles son derechos de igual participación en las esferas del mercado y la sociedad civil<sup>2</sup>, y su irrupción representó el paso a la modernidad que fue famosamente descrito por Maine (1908) como el tránsito del *estatus* al *contrato*: los vínculos de los individuos valen porque son queridos (asumidos mediante contratos), lo cual impugna los vínculos tradicionales basados en el estatus (adscrito a la posición social de nacimiento). En cuanto participantes en el mercado, todos son formalmente iguales. Desde una perspectiva institucional, los derechos civiles se manifiestan claramente cuando la cuestión es mirada desde el punto de vista de un tribunal, porque allí todos son iguales (Marshall, 1992 [1950]). Aquí la libertad es entendida como individual (tiene sentido decir de un individuo que es libre) y como un estatus formal asegurado por una norma (un individuo es libre en la medida en que está libre de prohibiciones).

Los derechos políticos, por su parte, se manifestaron en el surgimiento y ampliación del principio democrático y del sufragio universal. La institución que los ilustra del modo más perspicuo es el parlamento: ahí han de estar representados todos y es, por eso, un órgano democráticamente elegido. Los

- 
1. Manuel Antonio Garretón me hizo notar que el desarrollo en Latinoamérica es distinto: los derechos políticos fueron anteriores a los derechos civiles. Al respecto, véase PNUD (2004, pp. 61-63).
  2. El concepto de sociedad civil se opone a veces al de Estado, y entonces el mercado es parte de la sociedad civil; en otros contextos se opone tanto al Estado y al mercado, como una tercera dimensión. Ahora no nos interesa esta diferencia, pero ella será crucial para la noción del régimen de lo público.

derechos políticos, como los derechos civiles, entienden la libertad de modo formal: son ciudadanos con derechos de participación política todas las personas a las que dicho derecho le es normativamente reconocido y todos tienen el mismo derecho cuando esas normas no crean privilegios para nadie. Pero a diferencia de ellos, entienden la libertad de un modo que no es individual. En efecto, ahora ya no tiene sentido decir de un solo individuo que es libre, porque la libertad consiste en que las normas que nos damos son nuestras porque son queridas por nosotros. Es decir, la libertad es colectiva.

Los derechos sociales, por último, son derechos a las condiciones materiales de la libertad. Ellos, como los derechos políticos, entienden la libertad como colectiva (colectivamente asegurada, por todos para todos), pero se diferencian de los anteriores porque la entienden no (solo) como un estatus formal, sino una realidad que supone condiciones materiales. Por eso, el derecho de cada uno a la igual libertad implica la satisfacción de esas condiciones (el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social, al trabajo, etc.). Esta comprensión de la libertad (asegurar la libertad supone asegurar sus condiciones materiales) irrumpe con los derechos sociales, pero luego transforma nuestra comprensión de los derechos civiles y políticos.

La institución que mejor ilustra el sentido de los derechos sociales es el servicio público. Un sistema universal de salud, por ejemplo, implica que todos tienen cubierta su necesidad de atención sanitaria, no en la medida en que pueden pagar por ella, como los demás bienes en el mercado, sino en atención a su necesidad.

## DOS COMPRENSIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES

Hay dos maneras de entender el sentido de los derechos sociales. En la primera, ellos son entendidos como derechos a una provisión mínima, por ejemplo, para que quienes no puedan comprar en el mercado servicios de educación o de protección de la salud reciban *algo*. Que sean derechos a un mínimo implica que su provisión no es universal sino focalizada en aquellos que «realmente lo necesitan»; implica también que la provisión que recibirán será inferior o igual a la mínima provista por el mercado —porque evidentemente no habrá mercado para una provisión inferior a la provista gratuitamente mediante programas sociales—. Adicionalmente, la forma de la provisión debe aproximarse lo más posible al mercado, recurriendo a este si es posible —como en el caso de los *vouchers* con los que se financia la educación escolar en Chile— o imitándolo, en caso contrario.

Entendidos como derechos a una provisión mínima, los derechos sociales son asimilados a los derechos civiles, y lo social de ellos es su aspecto prestacional. Aquí la cuestión central que se ha discutido en las últimas décadas ha sido la de su *judicialización*, porque se enfrentan dos cuestiones: por una parte, la observación de que la marca característica de los derechos civiles es que ellos tienen protección judicial, de modo que negarla sería declararlos derechos de segunda clase; pero, por otro lado, como son derechos prestacionales, su judicialización implica que los tribunales tomarán decisiones sobre la distribución del gasto público, lo cual podría beneficiar desproporcionadamente a quienes tienen acceso expedito a los procedimientos judiciales, etc.

En la explicación de Marshall, los derechos sociales se entienden de manera considerablemente distinta, propia de una concepción que podemos llamar socialdemócrata o de ciudadanía. Aquí su finalidad no es proveer a quien no puede comprar en el mercado; su sentido es *descomodificar*<sup>3</sup>, es decir, organizar las esferas respectivas para que ellas dejen de regirse por un principio de mercado, de modo que la distribución deje de depender de lo que cada uno pueda pagar. Así, el servicio se distribuye conforme a un criterio de ciudadanía (cada uno recibe en la medida en que necesita), y no conforme a un criterio de propiedad (cada uno recibe en la medida en que puede pagar por ello).

El sentido de la descomodificación es crear esferas de igualdad en el contexto de una sociedad capitalista que genera, constantemente, desigualdad. Para eso, los derechos sociales buscan «un divorcio progresivo entre el ingreso real y el ingreso monetario». Marshall lo explica:

Esto es, por cierto, explícito en los servicios sociales principales, como salud y educación, que dan beneficios en especie sin exigir un pago *ad hoc* (...) Las ventajas que significa tener un ingreso monetario mayor no desaparecen, pero quedan confinadas a un área limitada de consumo. (Marshall, 1992 [1950], p. 47)

Los derechos sociales no eliminan la desigualdad, ni las ventajas que en las demás esferas representa un ingreso monetario mayor. Su sentido es asegurar

---

3. Uso el anglicismo «descomodificar» porque la alternativa usual en castellano («desmercantilizar») no transmite la misma idea: «desmercantilizar» es remover del mercado, mientras «descomodificar» es que la cosa deje de ser una mercancía (en este sentido, «comodificación» debería ser descrito por algo así como «mercanciación»). Ambas cosas están relacionadas, por cierto: los derechos sociales buscan descomodificar, y para eso desmercantilizan. Sin embargo, una expresión dirige nuestra atención a la cosa, la otra al contexto en que se produce/distribuye.

que, en ciertos ámbitos de la vida social, el *ingreso real* de las personas no esté determinado por su *ingreso monetario*. La razón es que esas esferas configuran socialmente las condiciones materiales de la libertad; aunque en una sociedad capitalista es aceptable que haya diferencias incluso significativas de ingreso monetario, no es aceptable negar a nadie iguales condiciones materiales de la libertad. Se trata de derechos sociales porque son condición fundamental de lo político, la libertad; y como tal, son condiciones socialmente creadas.

La diferencia entre ambos conceptos no debe ser exagerada. Por una parte, incluso en una comprensión como la de Marshall, algunos derechos sociales son pensados como derechos a una provisión mínima: el derecho a la vivienda, por ejemplo, no pretende impugnar ni siquiera en principio la existencia de un mercado de viviendas. Sin embargo, en este caso, cuando los derechos sociales se entienden como derechos a un mínimo, esto se debe a una diferenciación interna basada en las características específicas de ciertas esferas (como la vivienda, etc.), y no como algo que derive directamente del concepto general de derechos sociales.

Por otro lado, es claro que, políticamente, los derechos prestacionales a un mínimo pueden ser el camino de desarrollo de la idea marshalliana de derechos de ciudadanía. El partidario de estos, entonces, no necesita *oponerse* a aquellos, porque en nuestras condiciones políticas es posible que los derechos sociales no sean realizables y que la protección de derechos prestacionales de provisión mínima sea todo lo que es alcanzable y que a su vez permita avanzar en la dirección de la descomodificación (como observó el propio Marshall, es posible que «el mínimo garantizado haya subido a un nivel que el término ‘mínimo’ sea un mal nombre»: Marshall, 1992 [1950], p. 34).

Pero aunque la diferencia no debe ser exagerada, es importante. Entendiendo los derechos sociales como derechos a un mínimo, lo problemático es que algunos no puedan acceder al mercado. La solución a este último problema se hace mediante subsidios. Es decir, lo que esta visión no impugna es al mercado como forma institucional de la esfera respectiva (la educación, la salud, etc.). Por consiguiente, tampoco impugna el efecto natural del mercado: que, sobre el mínimo provisto por el derecho prestacional, cada uno accederá a lo que pueda pagar<sup>4</sup>. Es decir, los derechos-sociales-como-un-mínimo no contienen una promesa de igualdad en las esferas respectivas. Ellos no solo no impugnan la desigualdad, sino la validan, en tanto ella surge después de que los «derechos sociales» han sido debidamente satisfechos (véase Atria, 2013).

---

4. Véase, para una explicación especialmente descarnada de esto, Jofré (1988).

## MERCADO Y CIUDADANÍA, LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

En la concepción marshalliana, al decir que la educación o la protección de la salud son derechos sociales, no se está diciendo que las personas tienen derecho a recibir un mínimo, sino que esos ámbitos son parte de la esfera pública, que se organiza conforme a un principio de ciudadanía. Este principio es opuesto al principio de mercado, o de la propiedad, que articula la esfera privada.

En la esfera privada, la del mercado, todas las personas tienen el mismo status y son libres de celebrar los contratos que deseen, si encuentran alguien dispuesto a ser su contraparte. Esto supone ciertos derechos que pueden ser denominados «de trasfondo»: por ejemplo, el derecho a no ser coaccionado o engañado. Los derechos de trasfondo son necesarios para el intercambio, que de otro modo sería pillaje (Schwember, 2017; Atria, 2018). Ellos dejan a las partes en una condición de simetría: como la libertad de contratación es igual para todos, nadie tiene derecho a lo que quiere o necesita mientras no haya celebrado un contrato con alguien que, en virtud de ese contrato, se obligue a entregarlo. El estatus de persona y los derechos que este implica no incluyen derecho a provisión alguna. La provisión está mediada por la propiedad, es decir, por la capacidad de cada uno de pagar por lo que necesita o desea.

En la esfera pública la cuestión es distinta (Atria, 2014). Antes de mirar cómo la noción de derechos sociales tiene impacto en esta distinción, consideremos el caso de los derechos políticos, que se encuentran indudablemente en la esfera pública. Un ejemplo especialmente útil es el del derecho al voto, que cada ciudadano tiene en cuanto ciudadano. Además de los mismos derechos de trasfondo que las personas tienen en el mercado (contra el robo, la coacción o el engaño), aquí tienen el mismo derecho a influir en las decisiones públicas, en la formación de la voluntad política<sup>5</sup>. En principio, la propiedad con la que

---

5. Inicialmente, este derecho era entendido formalmente, para cuya garantía era suficiente el derecho a sufragio; el estatus de ciudadano no era afectado por el hecho de que unos tenían más poder económico y, por consiguiente, más posibilidades reales de determinar el contenido de la voluntad política. Pero luego esta diferencia económica pasó progresivamente a ser parte de los derechos políticos. Por eso la cédula única, introducida en Chile en 1958, que acabó con el cohecho; y más recientemente, la limitación de la libertad del propietario para destinar sus recursos al financiamiento de campañas. En Atria et al. (2013) sugeríamos un paso adicional en esta dirección, la idea de «patriot dollars» de Bruce Ackerman e Ian Ayres (2002): que las campañas solo pudieran ser financiadas por dinero público, que el Estado entregaría a cada ciudadano para que éste decidiera a qué candidatos transferírselos. Este es el tránsito hecho posible por la irrupción de los derechos sociales: de una comprensión puramente formal de libertad a una que incluye sus condiciones materiales de posibilidad.

cada uno cuenta es irrelevante, en el sentido de que tener más no implica, normativamente al menos, mayor derecho a decidir. La esfera pública se caracteriza, así, por un principio de ciudadanía igualitario que es contrario al principio de propiedad que articula la esfera privada.

Los derechos sociales implican la *publificación* de esferas sociales. Bajo un sistema de salud o de educación público y universal, cada uno tiene derecho a recibir la atención de salud o educación que necesita, calificada conforme a reglas o protocolos públicamente validados. El hecho de que uno pueda pagar más que otro no implica, en lo que a educación (formal) o protección de la salud se refiere, mayores posibilidades. Esta es la diferencia fundamental entre los derechos sociales como derechos a un mínimo y derechos sociales como derechos de ciudadanía. Los primeros no implican la publificación de las esferas sociales respectivas, que siguen siendo estructuradas conforme a la lógica del mercado con la diferencia de que algunos participantes, que no tienen suficientes recursos propios, reciben un subsidio para acceder al mercado. Pero es evidente que, tanto desde el punto de vista del proveedor como del institucional, no es relevante la fuente de los recursos para financiar los servicios demandados.

## ¿Y EL ESTADO?

En la explicación anterior del sentido y contenido de los derechos sociales no hay referencia al Estado. Y la razón por la que no la hay es porque la idea de provisión estatal no es de importancia fundamental sino derivada. Aunque su origen puede rastrearse desde mucho antes, es claro que la idea de organizar ciertas esferas sociales de modo de realizar derechos sociales se identifica con la emergencia del Estado de Bienestar o el Estado Social de la Europa de la posguerra. Esto significó, en general, la expansión de los servicios públicos. Por lo tanto, la forma principal de desarrollo de la esfera de la ciudadanía fue a través de la organización y provisión estatal. Esto no es un accidente; dada la posición que el Estado ocupa en un sistema democrático, su forma normal de relacionarse con las personas es en términos de ciudadanía, no de agencia de mercado. Fue, entonces, una fórmula institucional explicada por las condiciones de los «treinta años gloriosos» de la posguerra en Europa, y hoy es urgente repensarla.

Hay, a mi juicio, dos razones que explican esta urgencia. La primera tiene que ver con la peculiar configuración que permitió la expansión de los servicios públicos en Europa, que terminó con la crisis de los años setenta y la irrupción del neoliberalismo (Streeck, 2014). Este último es la negación de los derechos sociales, precisamente porque supone la contracción de la esfera pública y la

correlativa expansión de la esfera privada, la del mercado. Lo que podríamos llamar neoliberalismo de primera generación consistió en privatizar: fueron privatizadas las empresas públicas (generación y distribución de electricidad, telecomunicaciones, gas, etc.) y reorganizadas conforme al principio de mercado esferas como las de pensiones, salud y educación. En esta primera etapa, el neoliberalismo no puso en cuestión las categorías recibidas: mantenía la idea de que lo público era lo estatal y, por eso, buscaba privatizar.

Esto cambió en el contexto de lo que podríamos llamar el neoliberalismo de segunda generación, que debió lidiar con el hecho de que, por diversas razones de *realpolitik*, la privatización era a veces imposible (como lo fue incluso para la dictadura privatizar TVN, o la Universidad de Chile, o eliminar la educación pública). En esos casos, en vez de privatizar, la solución fue someter al Estado a la lógica del mercado: que la educación o la televisión pública tuviera que competir en el mercado. Para eso bastaba con cambiar el régimen legal aplicable, de modo que, sin privatización formal, la presión de la competencia haría el trabajo de forzar a las empresas u órganos del Estado respectivos a comportarse como agentes de mercado, bajo la amenaza de perder en la competencia y declinar hasta desaparecer.

Este neoliberalismo de segunda generación sí nos obliga a repensar nuestras categorías, porque fractura la relación entre el Estado y la esfera pública: ahora es posible que el Estado se relacione con los individuos como consumidores. Que exista un canal de televisión estatal no quiere decir que habrá televisión pública, porque si TVN debe competir con los canales privados para financiarse, no hay razón para esperar que hará algo distinto que aquellos. Por eso, en este momento fue posible decir, como si se tratara de la mayor obviedad posible, que la diferencia entre la educación pública y la educación particular era solo la «naturaleza jurídica» del sostenedor (por ejemplo, Brunner, 2021).

Pero hay una segunda razón, a mi juicio más profunda, por la que el vínculo entre los derechos sociales y el Estado debe ser repensado: el cambio en la relación entre la esfera del mercado (experimentada por el individuo como consumo) y la de los derechos sociales.

Las décadas de la posguerra europea, que vieron la expansión de los servicios públicos correspondientes al Estado social y de los derechos sociales, trajeron también la expansión del consumo. La esfera pública, que administraba la provisión «pública y colectiva», buscaba proveer a todos de modo homogéneo, para realizar la idea de ciudadanía que hemos estado discutiendo (Streck, 2016). La esfera privada, en este momento, respondía al mismo patrón, aunque no por razones normativas —como en el caso anterior— sino por las características propias del momento de desarrollo capitalista de la época. Cuando el desafío

que enfrentaba una compañía como *General Electric*, por ejemplo, era vender una lavadora de ropa a cada familia norteamericana, que accedería a ella por primera vez, lo que necesitaba era dar con un diseño suficientemente adecuado para todos los consumidores y producirlo masivamente. La producción masiva permitía, por economías de escala, una reducción de costos, al tiempo que la posibilidad de acceder por vez primera a estos bienes a un precio bajo era suficiente para que los consumidores aceptaran un producto uniforme entregado en las condiciones que la empresa pudiera.

En este contexto, la experiencia del individuo como ciudadano y como consumidor era análoga en un aspecto decisivo: en ambos casos, las personas estaban dispuestas a recibir algo que satisfacía su necesidad, aunque no correspondiera exactamente a sus deseos. Lo que recibían era algo homogéneo, producido no con la finalidad de satisfacer las peculiaridades de cada individuo, sino satisfacer la necesidad identificada por el Estado o por la compañía respectiva. Recibían en cuanto miembros de un grupo cuando les llegaba su turno, para lo cual usualmente era necesario esperar.

En la década de los setenta, esta forma de consumo empezó a agotarse. Cuando cada familia norteamericana tuvo su lavadora de ropa, el desafío para *General Electric* cambió considerablemente. La solución fue la diversificación de la oferta, que buscó ir diferenciándose para atender a deseos de grupos cada vez más circunscritos, una forma de «producción de boutique en gran escala», que cambió la experiencia del consumo:

La vasta mayoría de posibilidades alternativas de consumo en afluentes mercados post-fordistas provee un mecanismo que permite a las personas concebir un acto de compra —que llega al final, como muchas veces ocurre, de un largo período de exploración introspectiva de las muy personales preferencias propias— como un acto de auto identificación y auto presentación, uno que separa al individuo de algunos grupos sociales y lo une a otros. (Streeck, 2016, p. 101)

Esta transformación del consumo desde la satisfacción de una necesidad en general objetiva a una oportunidad de auto-expresión es vivida como libertad:

Obviamente esta condición es ampliamente experimentada como una de liberación, no solo al compararla con la compra de productos masivos estandarizados, sino también frente a la naturaleza constreñida de comunidades tradicionales como la familia, el barrio, la nación, y las identidades colectivas que ellas fundan. (Streeck, 2016, p. 102)

En estas nuevas condiciones, la experiencia del ciudadano se separa de la del consumidor. El ciudadano continúa recibiendo un servicio homogéneo que corresponde a su necesidad públicamente identificada, mientras el consumidor experimenta en el mercado la posibilidad de elegir lo que desea. Los servicios públicos mantienen la estructura anterior, negándole al individuo la posibilidad de elegir, que este sí encuentra en el mercado. Y esto, por cierto, refuerza al neoliberalismo de segunda generación, porque lleva a «modernizar» la relación entre el Estado y el ciudadano, para que se acerque más a lo que el ciudadano, en su calidad de consumidor, ha aprendido a esperar del mercado.

Así, los derechos sociales, cuyo sentido fundamental es asegurar para todos las condiciones de la libertad, se experimentan como esferas en que no hay libertad vivida como diferenciación e individuación sino uniformidad. Esto es explotado por quienes siempre se han negado a los derechos sociales, dado que ahora pueden sostener su posición, que opone «igualdad» a «libertad», fundándola en la experiencia del consumidor.

En Chile, el proceso del que habla Streeck se produjo más tarde, en lo que es habitualmente caracterizado como la modernización capitalista que comenzó en los años noventa. El proceso ha sido contradictorio, porque nosotros tuvimos modernización sin derechos sociales universales (por eso es más acertado llamarlo modernización neoliberal). Dicha modernización y los programas sociales de nuestro neoliberalismo con rostro humano permitieron el acceso al consumo, por primera vez, de una enorme clase media. Uso aquí la expresión «clase media» para designar a quienes ya no son suficientemente pobres como para acceder a los programas focalizados, pero viven en la constante inseguridad de volver a la pobreza por una de esas contingencias contra las cuales un sistema de seguridad social, en un Estado de bienestar, sí protege, como el desempleo o la enfermedad (o, por cierto, la vejez). Esto llevó a una demanda progresiva por ampliar la red de protección social, cuestión que fue articulada, en educación, pensiones y salud, como una demanda de derechos sociales. Hay, entonces, una sociedad que goza de las formas de integración e individuación que describe Streeck en la esfera del mercado, pero que demanda seguridad en la forma de derechos sociales.

## EL RÉGIMEN DE LO PÚBLICO

Lo anterior lleva a la siguiente conclusión: en las condiciones actuales del desarrollo capitalista, los derechos sociales solo son posibles si pueden (al menos *también*) ser pensados sin que ellos necesariamente impliquen provisión

estatal. El neoliberalismo de segunda generación, reforzado por la experiencia del consumidor, nos exige repensar la noción de lo público. A mi juicio, hoy, una condición de viabilidad política de los derechos sociales como derechos de ciudadanía es que ellos puedan organizarse institucionalmente de modo que no esté en contradicción con la experiencia del consumo en el mercado, porque es ante estos consumidores, también ciudadanos, que los derechos sociales deben justificarse.

Para repensar la noción de lo público podemos comenzar invirtiendo la lógica del neoliberalismo de segunda generación: si es posible que el Estado actúe como un agente de mercado, ubicándose de este modo en la esfera privada, también es posible que los agentes privados actúen ubicándose en la esfera pública. Las condiciones institucionales de esto pueden ser llamadas *Régimen de lo público*.

Aquí, sin embargo, hay que proceder con cuidado. Cuando se discutió en Chile sobre la ley de educación superior, la idea (correcta) de que lo público no se identifica con lo estatal apareció en la forma de que muchas (o incluso, todas) las universidades privadas eran en realidad públicas, porque producirían *bienes públicos* y tendrían una *vocación pública*. Pero esas universidades privadas que alegaban tener una vocación pública no aceptaban estar ellas mismas en la esfera pública de la ciudadanía, porque reclamaban para sus dueños el poder de controlar.

Como ya hemos explicado, el sentido relevante de lo público es el de una esfera articulada por la noción igualitaria de ciudadanía, no por la desigual de propiedad. En la esfera de lo público nadie ocupa la posición especial de dueño, que es quien está legitimado para tomar decisiones apelando a su propio interés. Mientras la ley no se lo prohíba, el dueño de un supermercado puede decidir la política de pago a sus proveedores que sea más conducente a maximizar sus utilidades, apelando explícitamente a su derecho a obtener una «legítima ganancia». Y si su posición en la negociación es tal que puede imponer a sus pequeños proveedores una cláusula contractual conforme a la cual les pagará en 120 días, está legitimado para hacerlo. El detrimento y las dificultades que esto causa a esos pequeños proveedores no es su problema. Una autoridad pública, por el contrario, nunca está legitimada para decidir apelando a su propio interés: usar una función pública bajo un interés privado no es un caso de búsqueda de una legítima ganancia, es un caso de corrupción. Eso porque en la esfera pública, nadie ocupa lícitamente la posición de dueño.

La sola «vocación pública» unilateralmente manifestada por el dueño no implica que la institución respectiva sea, en el sentido relevante, pública. Si es genuina, solo significa que el dueño ha decidido no ejercer sus poderes de

dueño. La pretensión de que es suficiente declarar tal vocación o producir bienes públicos es en realidad la pretensión de que instituciones o personas que siguen estando en la esfera privada (controladas por sus dueños) sean tratadas como públicas (esto, podríamos decir, es un neoliberalismo de tercera generación, que protesta que la esfera privada, organizada conforme a su propia lógica, sería pública).

Esto vacía de contenido la idea de lo público. La predecible reacción de la izquierda fue refugiarse en la seguridad de las categorías recibidas e insistir en que solo el Estado es público, y que todas estas pretensiones de separar lo estatal de lo público son diversas formas de neoliberalismo disfrazado. Esto asume que las opciones se reducen a dos: o se afirma la vinculación necesaria entre lo público y lo estatal, que en las condiciones ya indicadas de desarrollo del capitalismo hace imposible los derechos sociales de ciudadanía, o se defiende una idea de lo público en la que esta se disuelve en declaraciones de buena voluntad que no afectan el régimen de la propiedad. Esto último, por cierto, es la abolición de lo público. Las opciones que enfrentamos se sitúan, entonces, entre la noción tradicional de lo público, en la que los derechos sociales son hoy imposibles, o una que mantiene el nombre, pero niega el contenido de lo público.

Que una idea política como la de los derechos sociales enfrente una opción como esta significa que ha sido políticamente derrotada, a menos que tenga los recursos para revisar las concepciones tradicionales. Esto exige pensar con audacia, con disposición a revisar todo lo que sea necesario para mantener su vigencia política. En lo que ahora nos interesa, pensar con audacia significa preguntarse cómo puede realizarse la idea de lo público separada del Estado, sin que por eso se vacíe de contenido. La idea del *régimen de lo público* pretende ser exactamente eso.

El Régimen de lo público es un régimen institucional que permite y fomenta la participación de agentes privados en la organización y provisión de servicios vinculados a derechos sociales<sup>6</sup>. Pero lo hace sin negar el principio fundamental de lo público y los derechos sociales: el principio de ciudadanía, de igualdad de derechos. Esto podría, de hecho, formularse como una máxima: *toda la participación privada posible que sea compatible con el principio de ciudadanía, con la igualdad de derechos*. En esta sección explicaremos primero el contenido del

---

6. En general sobre el Régimen de lo público, véase la parte 3 de Atria et al. (2013) y Atria (2018, pp. 126-136).

Régimen de lo público, para luego mostrar cómo la idea en la que descansa se ha desarrollado, prácticamente, delante de nosotros.

Desde el punto de vista de los proveedores particulares, la decisión de someterse al Régimen de lo público es siempre voluntaria; pero implica aceptar las reglas que lo configuran. Quien participa del Régimen de lo público recibe los beneficios de participar en una actividad cuya estabilidad y florecimiento no es una cuestión individual que dependa de la competencia en el mercado, sino una de interés público; pero debe, correlativamente, asumir las condiciones de la esfera pública.

Más arriba hemos observado que el mercado se caracteriza por la simetría de las partes. Ahora debemos afinar esa observación, y contrastarla con la asimetría que caracteriza lo público. Para eso formularemos tres principios que caracterizan institucionalmente al mercado y tres principios correspondientes del Régimen de lo público (una explicación más detallada en Atria, 2014, capítulo VI).

Así, el mercado («M») como contexto institucional puede ser descrito conforme a los siguientes tres principios:

(M1) Los individuos están legitimados para actuar motivados por su propio interés, y para ignorar el interés ajeno.

(M2) Nadie tiene el deber de proveer o derecho a recibir antes de llegar a acuerdo en un contrato.

(M3) Cada participante es libre de sujetar su disposición a contratar a las condiciones que desee.

Por contraposición a los principios del mercado, es posible caracterizar el Régimen de lo público («RP») del modo siguiente:

(RP1) El proveedor no está legitimado para actuar en realización de su propio interés, sino del interés del ciudadano.

(RP2) El ciudadano tiene derecho a la provisión, y el proveedor tiene el deber de proveer.

(RP3) El proveedor no está en condiciones de establecer, unilateralmente, condiciones especiales de provisión caso a caso. Las condiciones de acceso, que especifican los márgenes del derecho ciudadano, han de estar fijadas en un protocolo público aplicable a todos por igual.

Así como los principios del mercado no pretenden moralizar ni juzgar a los agentes, los principios del Régimen de lo público no pretenden describir las

motivaciones individuales de los agentes. Que sean principios institucionales quiere decir que ellos especifican lo que los participantes están legitimados para esperar y exigir a los demás. Evidentemente, no se trata de principios que pretendan describir el modo conforme al cual individuos particulares actúan (para este malentendido y su discusión, véase Atria, 2018).

## LA EMERGENCIA DEL RÉGIMEN DE LO PÚBLICO EN TRES CASOS RECIENTES

La máxima que describe el sentido del Régimen de lo público (toda la participación de la sociedad civil que sea compatible con la igualdad de derechos ciudadanos) ha estado en el centro de la discusión sobre derechos sociales en las últimas décadas en Chile. Como ya lo hemos mencionado, aquí analizaremos tres casos especialmente relevantes: la jurisprudencia sobre las Isapres, el caso de la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo y la Ley de Inclusión Escolar.

### **Seguro individual y seguro social: la jurisprudencia de las Isapres**

Consideremos, en primer lugar, la jurisprudencia sobre las Isapres. La cuestión tiene cierta complejidad, porque hay diversas objeciones que los tribunales han declarado respecto del modo en que las Isapres operaban.

Las Isapres son compañías de seguros. Aun cuando, con lógica de la protección al consumidor, la ley imponía a la Isapre, como la parte más poderosa, obligaciones de información y no discriminación y fijaba el contenido mínimo del contrato, la relación seguía siendo una de mercado: el contenido mínimo era genuinamente mínimo, y las partes debían convenir el precio y el riesgo cubierto. Si las condiciones ofrecidas por la Isapre no eran aceptables para el afiliado, no había contrato, y el individuo no podría acceder al seguro respectivo. La frustración del individuo no suscitaba un problema público necesitado de regulación especial.

Los tribunales, sin embargo, empezaron a declarar inconstitucionales las alzas de precio base de las Isapres, aunque ellas eran realizadas siguiendo las condiciones que permitía la ley<sup>7</sup>. El argumento era que al alzarlos las Isapres actuaban arbitrariamente, porque

---

7. El precio de los planes ofrecidos por las Isapres es el resultado de la multiplicación de dos elementos: el «precio base» y los «factores de riesgo».

la facultad revisora de la entidad de salud exige una razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión responda a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan<sup>8</sup>. (2012, c. 3)

Como puede observarse, el argumento no tiene sentido en términos del régimen del mercado. En el mercado el vendedor no necesita justificar ante el comprador su precio, y el comprador no necesita justificar ante el vendedor la cantidad que está dispuesto a pagar. Por consiguiente, la autorización legal para fijar, una vez al año, los precios base de sus planes no estaba sujeta a que la Isapre acreditara cambios efectivos y verificables en sus costos. Esto es así porque, en el mercado, la disciplina de los precios no la fija ni la ley ni exigencias normativas (lo «justo» o «razonable», los costos «efectivos y verificables», etc.); los precios los disciplina la competencia, porque en el mercado rige M1.

Al reprochar a las Isapres que alcen *injustificadamente* sus precios base, los tribunales evaluaron su actuación no con el estándar aplicable a los agentes de mercado, sino el correspondiente a un órgano del Estado. Dado RP1, la arbitrariedad está prohibida al Estado, afecto como está (con base a lo dispuesto en el art. 19 N° 2 inc. 2° del texto constitucional) a lo que en el derecho español es denominado el *principio de interdicción de la arbitrariedad*. ¿Y por qué los tribunales aplicaron a las Isapres el régimen aplicable al Estado? La razón es clara: porque se trata de un seguro de salud, y la protección de esta es un derecho constitucional<sup>9</sup>. Tal es la idea del Régimen de lo público: que algo sea

- 
8. Como las sentencias se cuentan por los cientos de miles, no es posible un análisis exhaustivo. Este es, en todo caso, el argumento recurrente. En Hoyl con Isapre Vida Tres (2001) el alza fue considerada arbitraria «por no estar fundamentado el alza del 14% del plan de salud contratado, limitándose a señalar que habían experimentado variaciones por sobre el IPC sus costos de salud» (c. 9); en Prado con Isapre Vida Tres (2007) lo fue porque la Isapre «procedió sin esgrimir argumento alguno que justificare medianamente las alzas en cuestión» (c. 4); en fin, en Villouta con Isapre Banmédica (2008) el argumento fue que «la facultad revisora de la entidad de salud previsional debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y verificable del valor de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos» (c. 4). Estas decisiones son de la Corte de Apelaciones de Santiago. La Corte Suprema, por su parte, ha sostenido que el alza es arbitraria si la Isapre que la hace «se circunscribe a afirmar con cifras y criterios generales que los costos de la institución recurrida para otorgar las prestaciones a que está obligada han aumentado, sin que ello se demuestre o justifique de manera cabal, pormenorizada y racional» (Kroll con Isapre Consalud (2013), c. 4).
9. Así en Ramos con Isapre Banmédica (2011), Celume con Isapre Vida Tres (2011), Lambrecht con Isapre Cruz Blanca (2011) y Toro con Irureta (2020) (todos dictados, sin embargo, el mismo día), la Corte Suprema observó que la regulación legal del contrato de

un derecho social no implica que su provisión deba ser necesariamente estatal, pero sí implica que el privado que provee está sujeto al régimen público de los derechos sociales, no al régimen privado del mercado.

Pero los tribunales no solo objetaron las alzas de precios base de las Isapres; también objetaron que usaran ciertos factores de riesgo, en particular el sexo y la edad<sup>10</sup>. Aquí también se ve aparecer la idea ya identificada del Régimen de lo público. Para explicarlo deberemos decir algunas cosas sobre los seguros.

Un seguro individual es un contrato que produce dispersión *temporal* y *personal* del riesgo. Es decir, el costo del siniestro (la actualización del riesgo) se distribuye entre todas las personas aseguradas y también a lo largo del tiempo de duración del seguro. La dispersión *personal* de los riesgos implica solidaridad, porque todos los asegurados financian la protección de quienes hayan sido víctimas del siniestro respectivo.

Estas dos formas de dispersión de riesgos no tienen el mismo sentido: el sentido del contrato es producir dispersión temporal, no personal. Idealmente, la póliza de cada asegurado sería el valor del daño que sufrirá durante la vigencia del seguro. Como lo explica en un texto fundamental Guido Calabresi,

si fuera posible saber exactamente cuán ‘riesgosa’ es cada persona, cada uno formaría su propia categoría. El resultado sería que el seguro dejaría de ser un mecanismo para distribuir las pérdidas entre personas. Se convertiría en un sistema de distribución intertemporal de las pérdidas. (1984, pp. 48-49)

Esto, por cierto, supone una cantidad de información que nunca estará disponible. Lo que el asegurador hace, entonces, es usar la que puede obtener para identificar características de sus asegurados que estén estadísticamente correlacionadas con el riesgo, y con ellas los agrupa en clases. A los miembros

---

salud buscaba «otorgar garantías al cotizante en el entendido que se trata de un servicio público desarrollado por particulares, como son las acciones de salud contenidas en la Constitución Política de la República». También en Urzúa con Isapre Colmena Golden Cross (2022): «las Isapres, al prestar un servicio de seguridad social estrictamente regulado y que impone —como en el presente caso— la motivación de las decisiones que afecten a sus afiliados, se sujetan a similares exigencias que los órganos de la administración para justificar la razonabilidad de sus actos» (c. 30).

10. Los factores de riesgo de sexo y edad habían sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en su sentencia rol 1710-2010. Esta decisión del Tribunal Constitucional llevó a los tribunales a declarar «arbitrario» el uso de esos factores de riesgo. Así, por ejemplo, en Álvarez con Isapre Colmena Golden Cross (2022) y en Ramos con Isapre Banmédica (2011), entre miles de sentencias.

de cada clase les cobra una prima que corresponde al riesgo al que los miembros de esa clase están expuestos.

Como el asegurador no pueda hacer de cada cliente una clase, el segundo produce de hecho dispersión personal del riesgo (solidaridad). Pero esto no priva de relevancia a la observación de Calabresi, porque esta explica la presión a la que en un mercado competitivo están expuestas las compañías de seguros: deben revisar constantemente sus clases para refinarlas lo más posible, disminuyendo todo lo que puedan la dispersión personal. Cada refinamiento les permitirá mejorar sus precios: al que tiene menos riesgo le bajarán la prima, y al que tiene más riesgo se la subirán. El asegurador que no lo haga y use clases menos refinadas se expone a *selección adversa*: los asegurados que pagarían una menor prima con clases más refinadas emigrarán hacia la aseguradora que se las ofrezca, y él se quedará solo con los que pagarían una prima mayor con esas mejores clases.

Cuando se trata de un seguro privado, las diferencias de precios en las primas de los distintos grupos caracterizados por distintos factores estadísticamente correlacionados con el riesgo de que se trata son *puramente descriptivas*, no pueden ser calificadas de discriminatorias. Si es estadísticamente el caso que los conductores de 18 años causan más accidentes que las conductoras de 55, no hay discriminación en que la prima del seguro automovilístico que pagan los primeros sea mayor que la que pagan las segundas.

La cuestión cambia considerablemente cuando consideramos un seguro social. Este es un sistema diseñado sobre la idea de que lo protegido no es un individuo, sino una *clase* (los miembros del sindicato, los trabajadores o, por cierto, los pensionados). En un seguro social, entonces, cada uno contribuye de acuerdo a su capacidad y recibe según su necesidad. En el caso de un seguro social la dispersión personal (solidaridad) es parte del sentido mismo de la institución. Aunque aquí todavía es posible distinguir entre clases, el ideal ya no es que cada uno sea su clase. Por consiguiente, las clases usadas por un seguro social se normativizan. Ellas ya no cumplen la función de permitir ajustar la prima conforme al riesgo, sino identificar la necesidad de protección. Por eso, el hecho de pertenecer a un grupo especialmente expuesto al riesgo puede ser una razón para reconocer más, no menos, protección. Como las clases se normativizan (ya no son puramente descriptivas), ahora sí tiene sentido preguntarse por si ellas son o no discriminatorias.

Volvamos ahora a las Isapres. Desde el punto de vista del riesgo asegurado, es evidente que el sexo y la edad son características relevantes, porque hacen más o menos probable la necesidad de atención sanitaria. En términos puramente descriptivos, las mujeres en edad fértil y las personas de más edad tienen un

mayor riesgo que otros grupos. El hecho de que atender a estos factores sea calificado de discriminatorio muestra que la cuestión no es tratada con la lógica de un seguro privado, sino de un seguro social. La lógica del seguro social es consecuencia del objeto del seguro: como se trata de un seguro de salud, y como la salud es un derecho social, entonces el sistema de seguros de salud debe ser entendido con la lógica de un seguro social, no de un seguro privado. Esa es la idea en que se funda el Régimen de lo público.

### **El principio de igualdad de derechos: el caso de la objeción de conciencia**

La relación entre el principio de igualdad de derechos y el de participación de la sociedad civil fue discutida a propósito de la objeción de conciencia respecto del aborto en tres causales. Para reconstruir esa discusión en lo que nos interesa, debemos hacer algo de historia: el proyecto de ley que permitía la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales reconocía la objeción de conciencia de personas naturales, pero la negaba a instituciones.

La objeción de conciencia es una *gracia* del legislador<sup>11</sup>. La cuestión originalmente surgió por referencia a la conscripción. Enfrentada la ley al hecho de que la conscripción exige al ciudadano pacifista lo que no exige al resto (actuar contra sus convicciones), la objeción adecua la exigencia legal para evitar, en lo posible, esa carga excesiva. Pero el que entonces se eximía de la conscripción quedaba en una situación de privilegio frente al resto, lo que atentaba contra el principio de la igual repartición de las cargas públicas. La solución es algo como lo que la Constitución española, al referirse a la objeción de conciencia a la conscripción, llama una «prestación social sustitutoria».

Al movernos de la conscripción al aborto, surge una dimensión adicional que es crítica desde el punto de vista del Régimen de lo público. En el caso original, el de la conscripción, el reconocimiento de la objeción de conciencia (con la «prestación social sustitutoria») no afectaba el principio de igualdad de derechos. Pero, cuando de lo que se trata es de una objeción de conciencia que justifica a una institución a negarse a proveer una prestación a la cual la

---

11. Es decir, no es un derecho del individuo. Es incompatible con la obligatoriedad de la ley un derecho a la objeción de conciencia que sea (a) *general* (en vez de especial, como la referencia de la Constitución española a la conscripción); (b) *cuyo contenido es fijado por la libertad de conciencia* (es decir la libertad de «creer en lo que se desee») y (c) *vinculante para el legislador* (de modo que la ley puede ser inconstitucional, como lo declaró el Tribunal Constitucional, si no la reconoce).

ciudadana tiene derecho, la cuestión es distinta. Ahora la asimetría característica de la esfera pública (manifestada en RP1) exige una regulación de la objeción de conciencia institucional que asegure que las mujeres no tendrán más o menos derechos según el prestador privado que «les toque». Como la objeción de conciencia es una gracia del legislador, el principio debe ser el ya mencionado: la objeción institucional de conciencia es admisible en la medida en que no afecte los derechos de la mujer a requerir el tratamiento lícito que corresponda. Por eso la ley, antes de la intervención del Tribunal Constitucional, excluía la objeción de conciencia institucional y especificaba el límite de la objeción personal.

Dado que el Tribunal Constitucional introdujo la objeción de conciencia institucional simplemente borrando «la frase impeditiva» que la excluía<sup>12</sup>, la regulación anterior de la objeción de conciencia individual no le es aplicable. Cuando el presidente de la república Sebastián Piñera dictó el protocolo complementario «para la ejecución de la objeción de conciencia» (art. 119 ter CS), la Contraloría lo objetó precisamente por su regulación de la objeción de conciencia institucional. De acuerdo a la Contraloría,

cuando una entidad suscribe un convenio... con los mencionados Servicios de Salud, aquélla toma el lugar del respectivo servicio para los efectos de otorgar las prestaciones de salud convenidas, es decir, al ejecutar la acción de salud de que se trate, la entidad contratante se encontrará desarrollando una función pública.

Y, en consecuencia

al haber suscrito una institución privada un convenio regido por el citado decreto con fuerza de ley, para la ejecución de acciones de salud que eventualmente la sitúen en el deber de interrumpir un embarazo por alguna de las causales del artículo 119 del Código Sanitario, aquélla no puede acogerse a la objeción de conciencia institucional en tanto se encuentre vigente la respectiva convención. (*Dictamen* N° 11781)

---

12. El proyecto disponía que «la objeción de conciencia es de carácter personal, y en ningún caso podrá ser invocada por una institución». El Tribunal Constitucional, ignorando el hecho de que su competencia es para pronunciarse sobre la constitucionalidad de «disposiciones» (art. 94 del texto constitucional), declaró «inconstitucional», como está dicho, la frase «en ningún caso». Sépanlo los legisladores del futuro: la constitución chilena prohíbe al legislador usar la frase «en ningún caso». Al respecto, véase Atria y Salgado, 2018.

Aceptando el criterio de la Contraloría (que, de haber decidido, hubiese podido impugnar<sup>13</sup>), el presidente de la república modificó el protocolo para negar la objeción de conciencia institucional a los establecimientos privados de salud que hubieren suscrito convenios con el Estado<sup>14</sup>. Contra el nuevo protocolo, senadores y diputados de derecha recurrieron nuevamente al Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional la regla que contenía esa restricción, y volvió a quedar una objeción de conciencia institucional sin regulación, que no asegura la igualdad de derechos.

La intervención del Tribunal Constitucional, contra el legislador, la Contraloría General de la República y el presidente de la república, significó que el principio del Régimen de lo público fue negado. Esto significa que el «ideario» de una institución resulta ser más importante que la igualdad de derechos. Aunque el resultado final fue en este sentido inadecuado, es destacable la convergencia de todos esos otros órganos que habían aceptado, antes de la intervención del Tribunal, ese principio.

## **Los derechos sociales como la maximización de la libertad: la ley de Inclusión**

Desde el punto de vista de la emergencia del Régimen de lo público, la innovación más importante por lejos es la ley 20.845 de inclusión escolar. Como ya está dicho, bajo la dictadura el sistema escolar chileno fue reorganizado conforme al principio de mercado. Durante poco más de dos décadas, y enfrentando a una constante y radical oposición, se introdujeron modificaciones que, sin cambiar las bases institucionales de mercado sobre las que el sistema operaba, buscaban evitar o modificar algunos de sus problemas o características más serias.

- 
13. Un dictamen como el citado no vincula inmediatamente al presidente, que entonces puede disputar el criterio del contralor. Técnicamente hablando, el presidente solo está obligado a abrir un procedimiento invalidatorio del protocolo en cuestión a cargo del respectivo servicio público. Ese procedimiento puede terminar desechando la pretensión de invalidez, por no compartir el servicio el criterio de la Contraloría. Los mismos particulares que solicitaron el informe, por cierto, podrían impugnar esa decisión ante tribunales, y estos tendrían la decisión final. La modificación del protocolo por el presidente de la república, por eso, significó aceptar un criterio que no estaba obligado a aceptar.
  14. Este artículo del protocolo dictado por el presidente de la república disponía que «los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley No. 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón».

Así, por ejemplo, la obligación impuesta a los establecimientos particulares subvencionados de contar con una cuota de 15% de estudiantes vulnerables (exigencia introducida por la Ley 20.259), y las restricciones a la selección de estudiantes introducidas por la Ley 20.370 general de educación, cuyo artículo 12 prohibió considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante en el ingreso hasta sexto año de educación básica, limitaron el alcance de M3. Pero no lo negaron, en tanto todavía permitía al sostenedor fijar políticas generales de admisión o criterios de selección (salvo el rendimiento escolar); tampoco impugnaron la provisión con fines de lucro (M1)<sup>15</sup>.

La Ley de Inclusión Escolar cambió significativamente el régimen legal aplicable a los establecimientos particulares subvencionados, de modo que desde su publicación puede decirse que ellos no están sujetos al régimen del mercado sino al Régimen de lo público. En efecto, ella reemplazó, en lo que se refiere a la educación escolar, los principios M1-M3 por los principios RP1-RP3.

En cuanto a M1, desde esa ley debe decirse que el interés del sostenedor por obtener utilidad mediante los servicios educativos que ofrece no es un interés legalmente reconocido. Lo que la ley ahora reconoce es su interés de prestar el servicio educativo del mejor modo posible, conforme al proyecto educativo que haya definido. Por lo pronto, solo pueden ahora ser sostenedores de establecimientos particulares subvencionados personas jurídicas sin fines de lucro (art. 2.1.a); adicionalmente, la subvención escolar dejó de ser un pago hecho al sostenedor —de modo que este, en la medida en que ofreciera los servicios exigidos por la ley, no tenía que rendir cuentas a nadie por el modo en que la utilizaba— y pasó a ser «recursos afectos al cumplimiento de los fines educativos», que por tanto solo podrían destinarse a esos fines (art. 2.3).

Es útil detenerse aquí sobre la debatida cuestión del lucro. En la discusión de la Ley de Inclusión, quienes se oponían a ella interpretaban la demanda por excluir la educación provista con fines de lucro como una oposición al lucro mismo, y protestaban que este era solo la «legítima retribución» que alguien obtenía como resultado de su esfuerzo, trabajo o inversión. En su interpretación, la oposición al lucro era una ingenua demanda por hacer de la educación algo «puro, no contaminado por los apetitos de la codicia y el individualismo egoísta,

---

15. Las reformas que culminaron en la Ley 20.370, general de educación (2009), dicen comentaristas especializados, significaron «la mantención en substancia de un sistema educacional de mercado, aunque con regulaciones orientadas, mediante incentivos y castigos, a corregir algunos de los defectos de ese mercado y a garantizar niveles mínimos de igualdad en el servicio educacional» (Bellei y Muñoz, 2021).

alejada de la plaza y el mercado, libre del pecado original mercantil» (Brunner, 2016, 106).

Por cierto, hay de todo en la viña del señor. Imagino que habrá algunos que creían que de lo que se trataba era de impugnar al lucro en sí, para volver a una vida de trueque y valor de uso. Pero este nunca fue el sentido principal de la demanda, porque lo que estaba en cuestión no era *el lucro*, sino *la educación* provista con fines de lucro. El punto era precisamente la simetría implicada por M1. Dado M1, el interés del proveedor por obtener una retribución a su inversión es un interés legítimo, tan legítimo como el interés del que recibe porque aquello sea lo mejor posible. Que la educación pueda ser provista con fines de lucro quiere decir que, desde el punto de vista institucional, estos dos intereses son igualmente dignos de protección: el proveedor está legitimado para hacer lo que crea adecuado para aumentar su utilidad, en desmedro del servicio que provee —con el límite, por cierto, del contrato mismo—, y el beneficiario está legitimado para decidir cuándo la calidad del servicio ofrecido es menor a la que quiere y entonces «votar con los pies» y cambiar de proveedor. Esto es otra manera de decir que, en el mercado, el precio —en general, las condiciones de la contratación— lo disciplina la competencia, no la ley.

Esta simetría es incompatible con la idea de «comunidad educativa», en la medida en que una «comunidad» supone intereses comunes y aquí el interés del sostenedor por obtener utilidad está en conflicto con el interés de los estudiantes (sus apoderados) por obtener mejor educación. Al excluir la educación provista con fines de lucro, la Ley de Inclusión Escolar rompió esta simetría: el interés del sostenedor de recibir retribución a su inversión dejó de ser un interés legítimo, y solo quedó el interés de los estudiantes (sus apoderados) de recibir la mejor educación posible. Esta es exactamente la diferencia entre M1 y RP1.

En cuanto a M2, desde la Ley de Inclusión escolar es condición para acceder a la subvención escolar que los establecimientos respectivos «no sometan la admisión de los y las estudiantes a procesos de selección, correspondiéndoles a las familias el derecho de optar por los proyectos educativos de su preferencia» (art. 2.5.f). Esto significa que el derecho de los estudiantes (sus apoderados) de ser admitidos al establecimiento educacional no es un derecho que tenga como fuente el contrato, sino que es anterior a este. Y como el estudiante tiene un derecho anterior al contrato no hay entre las partes la simetría del mercado, que se explica porque nadie tiene un derecho a lo que quiere o necesita anterior al contrato.

En cuanto a M3, por último, la Ley de Inclusión Escolar eliminó el llamado *financiamiento compartido* («copago») conforme al cual los establecimientos podían cobrar a los estudiantes (sus apoderados) una colegiatura adicional; en vez de eso, dispuso que una condición para acceder a la subvención escolar es que «entre las

exigencias de ingreso, permanencia o participación de los estudiantes en toda actividad curricular o extracurricular relacionada con el proyecto educativo, no figuren cobros ni aportes económicos obligatorios, directos, indirectos o de terceros» (art. 2.5.j). Esto, sumado a la prohibición de toda forma de selección, implica la negación de este principio y su reemplazo por RP3.

Por todo lo anterior, la Ley de Inclusión Escolar es la ley más relevante de las décadas recientes. Ella contiene varias ideas que son decisivas para pensar los derechos sociales en nuestra época. Aquí me parece importante considerar con especial atención lo que ella significa desde el punto de vista de la caracterización pública del concepto de libertad.

La discusión sobre el concepto de libertad, sobre lo que ella realmente significa, es extensa. Como decía Hannah Arendt, la libertad no es un concepto político más, es el concepto propio de la política<sup>16</sup>. La política es, siempre, sobre la libertad. Por eso, las diferentes visiones políticas se manifiestan, teóricamente, como diferentes visiones sobre la libertad. No es posible, en el contexto de este artículo, entrar en esa discusión conceptual.

Pero esto no quiere decir que no podamos decir nada al respecto. Al contrario, creo que es provechoso tratar el problema de la libertad, por así decirlo, no desde arriba, sino desde abajo. No desde los conceptos y las teorías, preguntándose por el concepto de libertad «positiva» y libertad «negativa», y la compatibilidad entre ambas, por ejemplo; sino mirando las instituciones que existen para preguntarse si ellas amplían o restringen la libertad. La Ley de Inclusión y la discusión que ella generó y sigue suscitando se presta especialmente para esto.

Una objeción tradicional a la idea de derechos sociales en su sentido marshalliano es que ellos limitan la libertad en nombre de la igualdad. Entonces podemos preguntarnos: al mover la educación desde un régimen institucional de mercado (regulado), caracterizado por M1-M3, al Régimen de lo público, caracterizado por RP1-RP3, ¿se está sacrificando libertad para obtener igualdad?

Quienes se opusieron a la Ley de Inclusión respondían afirmativamente; ellos decían que la Ley de Inclusión, al excluir toda forma de selección, restringió la libertad de los sostenedores de definir su proyecto educativo, por una parte, y la de los estudiantes (sus apoderados) de elegir establecimiento educacional.

La Ley de Inclusión efectivamente dispuso que los establecimientos particulares subvencionados tenían el deber de aceptar todas las postulaciones

---

16. «La libertad, que es raramente —en tiempos de crisis o revolución— la finalidad directa de la acción política, es realmente la razón por la cual los hombres viven juntos en organización política; sin ella, la vida política como tal carecería de significado. La *raison d'être* de la política es la libertad...» (Arendt, 1960, p. 28).

que recibieran, sin poder calificarlas. Es decir, excluyó todo proceso de selección. Para eso, creó un mecanismo de admisión mediante el cual los estudiantes (sus apoderados) debían acceder a una plataforma en internet y manifestar sus preferencias, ordenándolas por prioridad (el «Sistema de Admisión Escolar», SAE). Si el establecimiento así elegido tiene cupos suficientes para todos los postulantes, el sistema simplemente lo asigna a todos los postulantes. En caso contrario, asigna de modo aleatorio los cupos disponibles entre todos quienes postularon. El sistema exige a los apoderados declarar que conocen y adhieren al proyecto educativo del establecimiento.

Desde el punto de vista del estudiante (sus apoderados), el sistema evidentemente maximiza su libertad de elegir, impidiendo que ella sea neutralizada por la decisión unilateral del establecimiento elegido de negar la admisión. De este modo el sistema asegura a todos los apoderados igual libertad. Solo en caso de no existir cupos suficientes para todos los postulantes una postulación puede resultar frustrada. En ese caso la decisión de cuáles serán exitosas es tomada mediante un procedimiento aleatorio. Esto significa que, no pudiéndose satisfacer las preferencias de todos, la ley reconoce en cada decisión de postular a un establecimiento el mismo valor. Este mecanismo de admisión no sacrifica la libertad para asegurar la igualdad. Al contrario, reconoce y protege igualmente la libertad de todos.

En su presentación ante el Tribunal Constitucional impugnando la constitucionalidad del proyecto que devino la Ley de Inclusión Escolar, senadores de derecha sostuvieron que

si el estudiante no resulta admitido en el colegio al que postuló, porque los cupos disponibles no son suficientes en relación al número de interesados, se debe aplicar un procedimiento de admisión aleatorio, el cual, obviamente, no garantiza que el estudiante ingrese a la institución elegida por sus padres [...]

Es decir [...] el Proyecto establece que, en definitiva, si un estudiante no ha ingresado al establecimiento elegido por sus padres, deberá someterse al azar y, al final, será la autoridad administrativa la que lo incorpore al que esté más cercano a su domicilio, a menos que sus padres [...] se vean forzados a buscar otro establecimiento donde existan cupos disponibles<sup>17</sup>. (Sentencia rol 5572, pp. 49-50)

---

17. Requerimiento presentado por diez senadores contra el proyecto de ley que sería posteriormente la ley 20.845, de inclusión escolar.

El argumento es seriamente defectuoso porque en su propia conclusión ignora la condición que ha afirmado en el antecedente: inicialmente, la asignación aleatoria es la solución para cuando «los cupos disponibles no son suficientes en relación al número de interesados», cuestión que después desaparece. Esto podría parecer un exceso retórico propio de abogados litigantes, pero a mi juicio hay algo más profundo. El sentido del mecanismo aleatorio ha sido sistemáticamente ignorado por los críticos, tal como lo muestra este pasaje, ignorando que la aleatoriedad es para decidir sobre un caso en que es imposible satisfacer a todos los que han optado por un establecimiento, y que supone necesariamente una manifestación de preferencia por los apoderados postulantes. La cuestión es descrita como si la distribución de estudiantes en establecimientos quedara entregada a «un sorteo», «una tómbola». Y esto sería inaceptable:

Cuando el acceso a un establecimiento de enseñanza es dirimido en un sorteo, sin consideración alguna a elementos [...] objetivos y comprobables, se está incurriendo en discriminación por igualación que es reprochada constitucionalmente. (p. 51)

La igualación que aquí es calificada de arbitraria es la igualación en la libertad: el sentido del mecanismo aleatorio es asegurar a todos la misma libertad de elección. La solución favorecida por los críticos es que el establecimiento pueda fijar criterios conforme a los cuales este resulta más elegible por unos estudiantes (sus apoderados) que otros. Esto es lo que la libertad significa en el mercado: libertad simétrica para contratar. El supuesto es que quien quiere contratar no tiene un derecho antecedente al contrato (M2). La Ley de Inclusión reconoce dicho derecho antecedente, y por eso un establecimiento no puede hacerse a sí mismo más elegible para unos que para otros (RP2). La razón para esto no es la *igualdad*, es la *igual libertad*.

La Ley de Inclusión es criticada también porque, se dice, restringió el derecho de los sostenedores a definir y promover su proyecto educativo. Pero la ley reconoce explícitamente el derecho de los sostenedores a formular y desarrollar su proyecto educativo y exige a los postulantes a un establecimiento educacional que declaren «la adhesión y compromiso expreso por parte del padre, madre o apoderado al proyecto educativo declarado por el establecimiento y a su reglamento interno» (art. 2.6).

A juicio de sus críticos, en el texto ya citado, esta exigencia no es suficiente:

Es mera teoría y una minusvaloración de los derechos en juego, en este caso, suponer o disponer que la suscripción de una declaración de adhesión a ese ideario

reemplaza la verdadera vinculación que debe comprobarse mediante mecanismos más complejos, por cuya idoneidad velan, en todo caso, las autoridades administrativas y judiciales, conforme a la legislación vigente [...]

El Proyecto discrimina (por igualdad arbitraria) cuando impide a los establecimientos de enseñanza seleccionar a los estudiantes y a las familias que adhieran, convincentemente, al ideario educativo que constituye la esencia de su proyecto educativo, por una parte. (p. 58)

Como puede observarse, la cuestión no es si los postulantes deben estar comprometidos con el proyecto educativo del establecimiento, sino quién determina que este es el caso. La Ley de Inclusión dispone que la adhesión explícita formulada por los apoderados postulantes acredita suficientemente el compromiso con el proyecto educativo del establecimiento. Dejar la decisión al establecimiento es restablecer M2, y con ello negar la igual libertad de todos.

La crítica que hemos estado considerando a la Ley de Inclusión Escolar afirma que ella significó una reducción de la libertad. Para apreciar su concepción de libertad podemos invertir el argumento, y decir que *ella entiende por libertad eso que la Ley de Inclusión limita*. Y lo que ella limita son dos cosas. La primera es la facultad de los establecimientos de decidir a quiénes admitir. Es correcto decir que la Ley de Inclusión restringió (de hecho, eliminó) esta libertad, como condición indispensable para reconocer la igual libertad de elegir de todos los estudiantes (sus apoderados). Porque entre estas dos libertades hay evidentemente una relación de suma-cero: lo que se gana en una se pierde por la otra. La pregunta, entonces, que los críticos no han respondido, es por qué el sistema escolar debe ser diseñado teniendo a la vista la maximización de la libertad de los establecimientos en perjuicio de la libertad de los estudiantes (sus apoderados). Después de todo, los establecimientos son para los estudiantes y no los estudiantes para los establecimientos.

La segunda cosa que la Ley de Inclusión limita es la probabilidad de éxito de los estudiantes que satisfacían los criterios de selección que los establecimientos usaban para elegir. Esto es verdad, porque dada la heterogeneidad de los establecimientos ya mencionada, hay establecimientos que son desproporcionadamente demandados. Estos establecimientos tenían una menor demanda antes de la Ley de Inclusión, porque los estudiantes (sus apoderados) que podían anticipar que su postulación no sería exitosa, se evitaban el momento del rechazo por la vía de no postular. Siendo menor el número de postulantes, la posibilidad de cada uno de ellos de ser exitoso era mayor. Ahora todos los estudiantes (sus apoderados) pueden postular a todos

los establecimientos y todos tienen la misma probabilidad de ser admitidos incluso en los más exigentes. Si esta disminución de la probabilidad de éxito debe ser calificada como una pérdida de libertad, es importante tener presente que se trataría de una libertad que por definición no puede ser igual para todos y que consiste en diseñar el sistema escolar de modo que distribuya oportunidades de desarrollo de la personalidad «premiando» (y correlativamente castigando) a menores de edad por sus decisiones cuando no es probable que tomen buenas decisiones, o por sus circunstancias familiares, por las que evidentemente ningún estudiante puede reclamar merecimiento.

A diferencia de las anteriores, la comprensión de la libertad en la que descansa la Ley de Inclusión es una que puede ser reconocida y protegida como una libertad igual para todos. Pero a pesar de eso, hay todavía una campaña en contra de ella basada en que ella restringió la libertad de los padres. ¿Qué explica esto?

Por cierto, la respuesta a esta última pregunta tiene diversas dimensiones. Parte de la respuesta es el último punto anterior: como con la Ley de Inclusión todos tienen la misma libertad para postular a todos los establecimientos públicos y particulares subvencionados, dejó de haber autoselección, lo que hace a algunos establecimientos más demandados, afectando a quienes satisfacían los criterios de autoselección. Este efecto de la Ley de Inclusión es efectivo, pero —como hemos explicado— es el contenido de la idea de una libertad igual. Otra parte de la respuesta viene de quienes se oponen a la idea de igual libertad, porque esta sería una forma de «discriminación por igualación arbitraria»; como ese argumento no puede presentarse en público (salvo escondido en las decenas de páginas de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional), necesita distorsionar la realidad. La distorsión aquí está en presentar el sistema de admisión creado por la Ley de Inclusión como una «tómbola», imagen que pretende transmitir la idea de que una decisión, que para los estudiantes y sus familias es de la primera importancia vital y biográfica, es tratada por ese sistema con frivolidad e indiferencia.

Pese a lo importantes que son las explicaciones anteriores, creo que hay algo más profundo, y que es crítico para pensar los derechos sociales en el momento de desarrollo capitalista descrito por Streeck; hay un sentido en que el hecho de que el sistema de admisión escolar creado por la Ley de Inclusión sea más humano y justo que el anterior le juega en contra.

Para explicar lo anterior, comencemos observando que la calidad de la educación provista por diversos establecimientos escolares es notoriamente heterogénea —aquí «calidad» quiere decir: la aptitud de los establecimientos para abrir a sus estudiantes oportunidades de desarrollo de la personalidad.

Esta heterogeneidad no es un problema en el mercado y se soluciona por la vía de que cada uno accede a una educación de la calidad que pueda pagar. Quienes no pueden acceder a establecimientos *de calidad* se enfrentan al hecho de que sus hijos o dependientes no tendrán las oportunidades que podrían haber tenido, lo que produce una enteramente justificada frustración.

En el sistema anterior a la Ley de Inclusión Escolar, el establecimiento ponía sus condiciones primero (su precio, las condiciones personales y sociales del estudiante y sus familias que aseguraban su compatibilidad con su proyecto educativo, etc.), y luego las anunciaba. Solo quienes creían poder satisfacerlas postulaban a ese establecimiento y, entre los postulantes, el establecimiento elegía estudiantes. Al que no era seleccionado se le explicaba que no era (suficientemente) compatible con el proyecto educativo, que no había obtenido los resultados adecuados en las pruebas de admisión, etc. Tanto los no seleccionados como quienes habrían postulado, pero se autoexcluían al constatar que no podrían satisfacer los criterios unilateralmente fijados por el establecimiento, experimentaban la frustración de constatar que las oportunidades de desarrollo de la personalidad de sus hijos se verían afectadas por no poder postular con expectativas de éxito, o por la postulación fallida. Pero, como ocurre en el mercado (donde vale M2), esa frustración es un problema privado. Que la frustración de expectativas en el mercado sea un problema privado quiere decir que corresponde a cada uno internalizarla, incorporarla a sus elecciones y ajustar en consecuencia su plan de vida (esto es una virtud que ahora se denomina «resiliencia»). Es decir, quienes habrían querido postular pero no lo hacían porque sabían que no satisfarían los criterios de selección del establecimiento, así como quienes, habiendo postulado, no eran seleccionados, debían culparse a sí mismos de su frustración. Pero se culpaban de una frustración inevitable, en la medida en que, dada la heterogeneidad de los establecimientos, el sistema no ofrece establecimientos «de calidad» para todos. El problema es la heterogeneidad —resultado normal del mercado—, no lo que el estudiante o sus apoderados podían o no hacer.

Como el sistema de admisión introducido por esta ley no permite a los establecimientos seleccionar ni cobrar en adición a la subvención escolar, tanto las condiciones de la autoselección como los criterios que permitían favorecer a unos postulantes sobre otros desaparecen y queda solo el hecho bruto de que no hay cupos para todos y que, como todos tienen el mismo derecho, esos cupos en ese caso deben distribuirse de modo aleatorio. El que no obtiene el cupo que esperaba experimenta la misma frustración que antes, pero ya no puede culparse a sí mismo (no hay nada que podría haber hecho distinto para aumentar sus posibilidades de éxito), ahora culpa «al sistema». Esto es

evidentemente acertado: la «culpa» es de un sistema educacional que no ofrece oportunidades de desarrollo de la personalidad para todos. Por esto, el sistema de admisión escolar de la Ley de Inclusión es más justo y más humano, en tanto evita que las personas se culpen a sí mismas de un fracaso que no depende de ellas y que no podían evitar. Pero esa frustración, dirigida ahora correctamente al sistema, es tomada por quienes siempre se opusieron a la igual libertad de los estudiantes (sus apoderados) para elegir establecimiento educacional, y redirigida no contra la heterogeneidad del sistema escolar, sino contra el sistema de admisión escolar.

Este redireccionamiento supone que la realidad sea ocultada, tal como en el caso de la «tómbola». En efecto, ya hemos visto que para que la imagen de la tómbola sea eficaz, ella debe sugerir frivolidad e indiferencia, lo que supone ocultar que el mecanismo aleatorio es condición de un sistema que reconoce a todos igual libertad. Análogamente, para redirigir la frustración contra «el sistema» hacia la restauración del sistema anterior, hay que ocultar el hecho de que el problema es la heterogeneidad que impide ofrecer a todos oportunidades de desarrollo de la personalidad, de modo de hacer aparecer que el problema es el sistema de admisión.

## REFERENCIAS

- Ackerman, B., y Ayres, I. (2002). *Voting with dollars: A new paradigm for campaign finance*. Yale University Press.
- Aguayo, P. (2023). Derechos sociales en la constitución: Una defensa liberal. *Veritas*, 55, 47–65.
- Arendt, H. (1960). Freedom and politics: A lecture. *Chicago Review*, 14, 28–46.
- Atria, F. (2013). *Veinte años después: Neoliberalismo con rostro humano*. Catalonia.
- Atria, F. (2014). *Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público*. LOM.
- Atria, F. (2018). *Razón bruta*. [https://media.elmostrador.cl/2018/05/Atria\\_Razon\\_bruta.pdf](https://media.elmostrador.cl/2018/05/Atria_Razon_bruta.pdf).
- Atria, F., Larraín, G., Benavente, J. M., Couso, J., y Joignant, A. (2013). *El otro modelo: Del orden neoliberal al régimen de lo público*. Random House Mondadori.
- Atria, F., y Salgado, C. (02/02/2018). El tribunal desatado (5): La burla. *El Mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/02/02/el-tribunal-desatado-5-la-burla/>.
- Bellei, C., y Muñoz, G. (2021). Educational policies in Chile: Between the State, the market and accountability based on academic achievement tests. En A. Rivas (Ed.), *Examining educational policy in Latin America* (pp. 75-95). Routledge.
- Brunner, J. J. (2016). *Nueva mayoría*. Ediciones B.
- Brunner, J. J. (25/04/2021). Lo público de una educación pública. <https://brunner.cl>. <https://brunner.cl/2021/04/lo-publico-de-una-educacion-publica/>
- Calabresi, G. (1984). *El costo de los accidentes*. Ariel.
- Jofré, G. (1988). El sistema de subvenciones en educación: La experiencia chilena. *Estudios Públicos*, 32, 193–237.
- Maine, H. S. (1908). *Ancient law*. Henry Holt and Co.
- Mansuy, D. (2016). *Nos fuimos quedando en silencio*. Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Marshall, T. (1992 [1950]). *Citizenship and social class*. Pluto.
- PNUD. (2004). *La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanos*. PNUD.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.

- Schwember, F. (2017). Igualdad o igualitarismo. *Estudios Públicos*, 147, 207–239. <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/105>
- Streeck, W. (2014). *Buying time: The delayed crisis of democratic capitalism*. Verso.
- Streeck, W. (2016). Citizens as customers: Considerations on the new politics of consumption. In *How will capitalism end?* (pp. 95–112). Verso.

## JURISPRUDENCIA

### **Tribunales ordinarios**

- Alvarez con Isapre Colmena Golden Cross. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 12 de enero de 2022 en causa rol 96360-2021.
- Anabalón con Isapre Colmena Golden Cross. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de noviembre de 2022 en causa rol 16630-2022.
- Celume con Isapre Vida Tres. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de junio de 2011 en causa rol 3587-2011.
- Hoyl con Isapre Vida Tres. de 2001. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 6543-2006.
- Kroll con Isapre Consalud. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 7 de enero de 2013 en causa rol 8327-2012.
- Lambrecht con Isapre Cruz Blanca. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de junio de 2011 en causa rol 3721-2011.
- Mercado Con Isapre Vida Tres. Sentencia de la Corte Suprema de 2012 en causa rol 8443-2012.
- Prado con Isapre Vida Tres. de 2007. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 6543-2006.
- Ramos con Isapre Banmédica. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de febrero de 2011 en causa rol 566-2011.
- Toro con Isapre Banmédica. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de junio de 2011 en causa rol 5288-2011.
- Urzúa con Isapre Colmena Golden Cross. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 18 de agosto de 2022 en causa rol 12514-2022.
- Villegas con Isapre Colmena Golden Cross. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 7 de enero de 2013 en causa rol 8478-2012.

Villouta con Isapre Banmédica. de 2008. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 59-2008.

### **Contraloría General de la República**

Dictamen 11781 (2018).

Dictamen 40235 (2006).

### **Tribunal Constitucional**

Sentencia rol 1710-2010. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de agosto de 2010 (Tabla de Factores).

Sentencia rol 3729. Sentencia del Tribunal Constitucional 2017 (Proyecto de Ley de interrupción del embarazo en tres causales).

Sentencia rol 5572. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de enero de 2019 (Protocolos de aborto).