



DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

LUIS ALBERTO PETIT GUERRA

DIRECTOR
DR. D. ANTONIO PORRAS NADALES

**EL CONTENIDO MÍNIMO PRESTACIONAL DEL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN GRATUITA «DESDE» LAS
CONSTITUCIONES DE ESPAÑA Y VENEZUELA**

TESIS DOCTORAL

SEVILLA, 2016

Dedicatoria

A los jóvenes estudiantes de Venezuela vilmente asesinados durante las manifestaciones de 2014 en defensa de la democracia; y por aquellos estudiantes que con el mismo propósito suman de miles, todavía encarcelados o sometidos a medidas judiciales.

A maestro Prieto Figueroa; impulsor de lo que nunca se ha podido en Venezuela:
una escuela pública, gratuita, laica, inclusiva y plural.

TABLA DE CONTENIDOS/INDICACIÓN DE PÁGINAS

I. ABREVIATURAS.

II. DESARROLLO DE LA TESIS.

CAPITULO PRIMERO.

MARCO INTRODUCTORIO. DE LA «CUESTIÓN SOCIAL» Y SUS IMPLICACIONES.

1. INTRODUCCIÓN. LA POSIBILIDAD DE CONCRETAR « <i>DESDE</i> » LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA Y VENEZUELA UNOS CONTENIDOS PRESTACIONALES MÍNIMAS EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN GRATUITA.....	1-11
1.1. La «cuestión social» como un término polisémico y conflictivo.....	11-16
1.2. Los derechos sociales en general. Acercándonos al constitucionalismo social.....	16-23
1.3. De los derechos sociales prestacionales.....	24-28
1.4. Los derechos sociales como derechos fundamentales.....	28-35
2. APROXIMACIONES HISTÓRICAS DEL ESTADO SOCIAL: LA CONVERGENCIA DE VARIOS ELEMENTOS Y FACTORES.....	35-37
2.1. La Revolución francesa y la Declaración de los derechos del Hombre.....	37-38
2.2. La Constitución mejicana –Querétaro- de 1917 y su comparación con otros textos que le suceden.....	38-40
2.3. La Constitución Weimar de 1919.....	40-43
2.4. Aportes de los (distintos) credos religiosos más influyentes.....	43-45
2.5. Aportaciones de las ideologías políticas.....	45-48
2.6. A modo de conclusiones preliminares.....	48-49
3. EL ESTADO SOCIAL Y SUS FORMAS HOMOLOGABLES.....	49-50
3.1. Del Estado social frente al Estado providencia.....	50-51
3.2. El Estado social frente al Estado de bienestar (Welfare State).....	51-57
3.2.1. De la llegada del «Estado social y democrático de derecho» a España. Sus antecedentes internos.....	57-60
3.2.2. De la llegada del «Estado social y democrático de derecho y de justicia» a Venezuela. Sus antecedentes internos.....	60-62

CAPITULO SEGUNDO.
**DEL ESTADO LIBERAL
AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO
Y EL SISTEMA DE VALORES**

1. LOS PRINCIPALES VALORES CLÁSICOS Y SU PROBLEMÁTICA READAPTACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL. VISIÓN CRÍTICA AL SISTEMA ACTUAL.....	63-66
1.1. De la «igualdad formal» a la «igualdad material».....	66-72
1.2. De la dignidad de «algunos» a la dignidad de «todos».....	73-77
1.3. La justicia social.....	78-83
1.4. A suerte de conclusiones preliminares.....	83-84
2. LA RELEVANCIA DE LOS «NUEVOS» PRINCIPIOS.....	84-86
2.1. La solidaridad como «principio» en la CE.....	86-88
2.2. La solidaridad como «valor superior» según la CRBV.....	88-89
2.3. La solidaridad a la luz de la doctrina: el momento de identidad entre España y Venezuela.....	90-96
2.4. Razones por las cuales a través de la solidaridad se precisan unos contenidos mínimos constitucionales (en especial en la educación gratuita).....	96-98
2.4.1. Posiciones críticas acerca de la universalidad del servicio.....	98-102
2.4.2. Consecuencia de la solidaridad: De la universalidad del servicio de la educación.....	102-105

CAPÍTULO TERCERO.

**DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y/O ENSEÑANZA GRATUITA COMO
DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO DERECHO HUMANO**

1 LA EDUCACIÓN: SU “ADSCRIPCIÓN” COMO DERECHO HUMANO ANTES QUE SU RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL.....	106-108
1.1 La problemática en la identificación de unos «estándares mínimos» en derechos humanos.....	108-115
1.2. Antecedentes del caso español acerca de la siempre tensión ideológica del derecho fundamental a la educación gratuita.....	115-122

1.2.1. La educación/enseñanza gratuita como derecho fundamental (texto constitucional de 1978).....	122-134
1.3. Antecedentes del caso venezolano como ejemplo de la desnaturalización del derecho fundamental a la educación por el “legislador democrático”	134-140
1.3.1. La educación/enseñanza gratuita como derecho fundamental (textos constitucionales de 1961 y 1999).....	140-146
1.4. Conclusiones preliminares.....	147-148
2. LA EDUCACIÓN PÚBLICA (GRATUITA) COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL DE PRESTACIÓN GENÉRICA.....	148-154
2.1. La educación gratuita como derecho transversalizado: Como «derecho social» en el caso de España o como «derecho cultural y educativo» en el caso de Venezuela.....	154-155

CAPÍTULO CUARTO.

DE LOS CONTENIDOS PRESTACIONALES BÁSICOS FRENTE A LAS DISTINTAS TEORÍAS

1. DE LA EXISTENCIA DE PRESTACIONES «MÍNIMAS».....	156-163
2. TESIS DE LOS CONTENIDOS (CONSTITUCIONALES) DE DERECHOS.....	163-164
2.1. Tesis de los «contenidos constitucionales implícitos» (Vallespín Oña).....	164-171
2.2. Tesis de los «contenidos constitucionales expresos» (Rawls).....	171-181
2.3. Tesis de los contenidos constitucionales sociales expresos (Michelman).....	181-186
3. DE LA INCONVENIENCIA DE CONTENIDOS SOCIALES DESDE LA CONSTITUCIÓN. ¿HAY UN MÍNIMO VITAL EN EDUCACIÓN? (DEBATIENDO CON ALEXY).....	187-192
4. DE LA CATEGORÍA DEL «CONTENIDO ESENCIAL» FRENTE A LAS PRESTACIONES MÍNIMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	192-201
4.1. El contenido esencial frente a la regresividad de los derechos sociales. De Hesse hasta nuestros días.....	201-207
4.2. De las algunas objeciones al contenido esencial desde de la doctrina.....	208-224
4.3. El contenido esencial del derecho prestacional a la educación gratuita (desde la teoría).....	224-227
5. DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN MÍNIMO VITAL O EXISTENCIAL: DIÁLOGO «DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLADOR».....	228-236
5.1. Del contenido mínimo vital desde la perspectiva de la jurisprudencia.....	236-238

a. La jurisprudencia en Alemania. El origen de esta cuestión.....	239-240
b. La jurisprudencia en Colombia. Una Corte Constitucional (bien) activista.....	240-244
c. La jurisprudencia en Brasil. El activismo de los jueces ordinarios junto al Tribunal Federal.....	245-247
5.2. El derecho fundamental a un mínimo vital o existencial su replanteamiento en el derecho a la educación gratuita.....	247-249

CAPÍTULO QUINTO.

RELACIONES ENTRE LEGISLADOR DEMOCRÁTICO Y LEGISLADOR CONSTITUYENTE

1. LAS CONSTITUCIONES «ABIERTAS» O «AL DETALLE» FRENTE A LOS CONTENIDOS MÍNIMOS PRESTACIONALES. ¿LEGISLADOR VS. CONSTITUYENTE?	250-255
1.1. El protagonismo del legislador.....	256-259
1.2. Pérdida de la centralidad política (reviviendo las ideas de Rosanvallon, Barcellona y Cantaro).....	260-265
1.3. Problemática de la (des)legitimación de la acción política y sus consecuencias frente al derecho a la educación gratuita.....	265-268
1.4. ¿Es posible identificar unos servicios nucleares o esenciales (de derechos fundamentales) dentro de la Constitución?.....	269-271
1.4.1. Crítica de la inconveniente constitucionalización (explícita) de contenidos básicos prestacionales.....	271-276
2. CAMBIOS DE PARADIGMAS: ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE CONTENIDOS BÁSICOS EN GENERAL. LAS DIFERENCIAS ENTRE «DESARROLLAR» Y «DELIMITAR» LOS CONTENIDOS PRESTACIONALES.....	276-289
3. LA EDUCACIÓN (GRATUITA) Y SUS MÍNIMOS CONSTITUCIONALES NECESARIOS EN EL ORDEN PRESTACIONAL. DIÁLOGO (QUE NO ENFRENTAMIENTO) CON LA ACCIÓN POLÍTICA.....	289-292
3.1. El «contenido mínimo» realmente constitucional del derecho a la educación en su vertiente prestacional: el acceso a una plaza o cupo en cualquier momento y circunstancia.	292-296

CAPÍTULO SEXTO.

NOTAS FINALES

1. Conclusiones.....	297-302
2. Nuestra propuesta.....	303
III. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	304-337

ABREVIATURAS

<i>abr.</i>	Abril
<i>Aecid.</i>	Agencia española de cooperación Internacional para el Desarrollo
<i>agos.</i>	agosto
<i>Art./art.</i>	Artículo
<i>BOE.</i>	Boletín Oficial Español (España)
<i>Cap.</i>	Capítulo
<i>CE.</i>	Constitución Española
<i>CEC.</i>	Centro de Estudios Constitucionales (España)
<i>CEPS.</i>	Centro de Estudios Políticos y sociales (España)
<i>Cedepco.</i>	Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional (Venezuela)
<i>Cedecs.</i>	Centro de estudios de Derecho, Economía y Ciencias sociales (España)
<i>CDH.</i>	Comité de Derechos Humanos
<i>CIDH.</i>	Corte Interamericana de los Derechos Humanos
<i>CDESC.</i>	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<i>Cfr.</i>	Confrontar
<i>Coord.</i>	Coordinación
<i>Comp/s.</i>	Compilador/Compiladores.
<i>CRBV.</i>	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
<i>CSJ.</i>	Corte Suprema de Justicia (Venezuela)
<i>dic.</i>	diciembre
<i>D.C.</i>	Distrito Capital
<i>D.F.</i>	Distrito Federal
<i>DUDH.</i>	Declaración Universal de Derechos Humanos
<i>Ed.</i>	Editorial/Edición
<i>Eds.</i>	Editores/Ediciones
<i>Edr.</i>	Editor
<i>Ej./ej.</i>	Ejemplo
<i>EJV.</i>	Editorial Jurídica Venezolana
<i>en.</i>	enero
<i>FJ.</i>	Fundamento jurídico
<i>feb.</i>	febrero

Fund.	Fundación
FUNEDA.	Fundación de Estudios en Derecho Administrativo (Venezuela)
IESA.	Instituto de Estudios Superiores de Administración (Venezuela)
mar.	marzo
jun.	junio
jul.	julio
Ltda.	Limitada
Núm./núm.	Número
Nro.	Número
nov.	noviembre
sept.	septiembre
oct.	octubre
Trad.	Traducción
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos humanos
TSJ.	Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)
TCFA.	Tribunal Constitucional Federal Alemán (Alemania)
S.A./C.A.	Sociedad Anónima/Compañía anónima
SC.	Sala Constitucional (Venezuela)
s.f.	Sin fecha
STC.	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
SPA.	Sala Política Administrativo (Venezuela)
Ob. Cit.	Obra citada
Pág. (s).	Página/Páginas
PIDCP.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC.	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
pp.	Entre páginas
ss.	Siguientes
UCV.	Universidad Central de Venezuela (Venezuela)
UNAM.	Universidad Autónoma de México (México)
UNED.	Universidad Nacional de Educación a distancia (España)
Univ.	Universidad.
Vol.	Volumen

Vid. Ver

Ven. Venezuela

1^a, 2^a, 3^a...

4^a., 10^a... Primera, segunda, tercera, cuarta, (...) décima (...).

CAPÍTULO PRIMERO.

MARCO INTRODUCTORIO.

DE LA «CUESTIÓN SOCIAL» Y SUS IMPLICACIONES.

1. INTRODUCCIÓN. LA POSIBILIDAD DE CONCRETAR «DESDE» LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA Y VENEZUELA UNOS CONTENIDOS PRESTACIONALES MÍNIMOS EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN GRATUITA.

La educación como un fenómeno social¹, pertenece al Hombre desde su entrada a la civilización²; siendo el Estado escenario propicio donde se produzcan todas las disputas en torno a su organización y desarrollo. Se entiende así, por qué los principios de educación universal y obligatoria guardarían relación con la evolución del Estado mismo³; aunque finalmente fue en el siglo XX donde tuvo lugar el llamado siglo de su universalización y democratización⁴.

La mirada al pasado y presente del derecho de educación gratuita en ambos países, servirá para verificar los distintos momentos y eventos antes de su concreción como derecho fundamental, para constatarse *que es y ha sido un tema tan complejo como polémico*. Su estudio constituye tema central por la relación que tiene este derecho con la democracia misma y el ejercicio del resto de los derechos; pues “la imposibilidad de educarse a la vez limita o impide el ejercicio de la ciudadanía así como de los restantes derechos⁵”; ergo, necesario en el desarrollo

¹ De Azevedo, Fernando. *Sociología de la educación. Introducción al estudio de los fenómenos pedagógicos y de sus relaciones con los demás fenómenos sociales*, Serie Sociología, Fondo de Cultura económica, 18ª impresión, México, 2013, p.82.

² Gelpi, Ettore. *Educación permanente. Problemas laborales y perspectivas educativas*, Ed. Laboratorio Educativo, Biblioteca de Educación de adultos, Caracas, *s.f.*, p.83.

³ Tedesco, Juan Carlos. *Educación y sociedad justa*, en: Educación y vida urbana: 20 años de ciudades educadoras, Ed. Santillana, España, 2008, p.320.

⁴ Galvis Ortíz, Ligia. *Comprensión de los derechos humanos. Una visión para el siglo XXI*, Ediciones Aurora, 4ª ed., Bogotá, 2008, p.126.

⁵ Meléndez Rodríguez, Lady; Solís, Adilia Eva y Gil Cantero, Fernando. *El derecho (humano) a la educación. Inclusión y exclusión*, en: Temas relevantes en teoría de la educación, J. M. Muñoz

e integralidad ciudadana⁶. Por esto, el *acceso a la educación* guarda relación con la igualdad de oportunidades⁷.

La tesis que atiende este estudio se propone abordar un punto específico -bien controversial- sobre el derecho a la educación gratuita; que se circunscribe a estudiar los distintos elementos que nos lleven a postular unos «contenidos mínimos prestacionales» (en forma expresa) desde la Constitución; frente a la posición (mayoritaria) que defiende que tal configuración de mínimos sea construido (únicamente) por el legislador democrático mediante determinada racionalidad política. Aún cuando se reconozca la enorme utilidad de aquel razonamiento, no obstante, detectamos –junto a la doctrina- algunos ejes problemáticos (e inconvenientes prácticos) que vienen a justificar esta propuesta.

Una aclaratoria inicial obliga explicar, que cuando en este trabajo hagamos referencia a los «**contenidos mínimos**» -se coincide con Villaspín Oña-, es con un sentido distinto al «**contenido esencial**⁸»; pero también diferente al «**contenido mínimo vital**». Las trataremos como categorías relacionadas pero con predicamentos diferentes.

El objeto de hacer un estudio comparativo⁹ del derecho a la educación gratuita en España y Venezuela a nivel constitucional no es baladí. Pese a las diferencias obvias, resultan algunas homologaciones “históricas” en virtud de las diversas tensiones ideológicas en el campo educativo (con saldos trágicos en ambos

Rodríguez (Coord.), *Aquila Fuente*, 176, 1ª ed., Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, p.176

⁶ Rojas, Eduardo. *Políticas públicas y derecho a la educación*, en: *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas* (Obra Colectiva), Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003, p.205.

⁷ Stiglitz, Joseph. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Ed. Taurus, 2012, p.341.

⁸ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de bienestar y constitución*, en: *Revista del centro de estudios Constitucionales*, núm.1, sept-dic., España, 1988, p.137.

⁹ Según comenta Francisco Fernández Segado en *Presentación y Estudio Preliminar* de la obra de Häberle, el objeto de éste en hacer un estudio comparativo; permitiría producir frutos en los tres niveles de desarrollo constitucional: la exégesis, los cambios o modificaciones y el propio entorno. Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.XXXIV.

sistemas); incluso desde sus orígenes en sus primeros textos constitucionales (*Venezuela 1811; España 1812; cercanos en fechas pero en diferentes contextos*¹⁰). En ambos países, el derecho a la educación sorteará diversos traumas sociales de largo recuento, evolucionando hasta concretarse como derecho fundamental en sus respectivas cartas políticas. Adicionalmente, la Constitución española (CE, 1978), sirvió de inspiración en buena medida de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) en la asunción de la cláusula del «Estado social de derecho», según se colige de diversas opiniones y perspectivas (Peña Solís¹¹; Rondón de Sansó¹²; Brewer Carías¹³; Casal Hernández¹⁴); tanto que para otros, hasta los valores superiores del texto venezolano “son en gran parte los mismos que se contemplan en la Constitución Española de 1978” (Rivas Quintero¹⁵). En virtud de esa influencia europea, pero también del conjunto de elementos que se aportan conjuntamente del constitucionalismo americano, cierto

¹⁰ *Vid.*, Brewer Carías, Allan. *El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo Cádiz no influyó en el venezolano)*, en: El Estado constitucional y el derecho administrativo en Venezuela, Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp.101 y ss.

¹¹ Este autor, con relación al texto constitucional venezolano, sostiene su referencia, “siguiendo el modelo de la Constitución española”. *Cfr.*, Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Manuales universitarios, Ed. Paredes, Caracas, 2014, p.94.

¹² Dicha autora afirma que la constitución española sirvió de “inspiración”, junto a la alemana y colombiana. *Cfr.*, Rondón de Sansó, Hildegard. *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas*, Ed. Ex Libris, 1ª reimpresión, Caracas, 2002, p.64

¹³ Quien alude la influencia de esta Constitución española de 1978, junto a las referencias de Alemania de 1949 y más cercana con el texto político Colombiano de 1991. *Cfr.*, Brewer Carías, Allan. *Historia constitucional de Venezuela*, tomo II, Ed. Alfa, Colección Trópicos/Historia, nro.81, Caracas, 2008, p. 165.

¹⁴ Cuyo autor hace especial referencia las constituciones alemana, italiana y la española, entre otras, que “comprometen al Estado con la promoción de determinadas condiciones sociales de vida, en aras de la justicia social. *Cfr.*, Casal H., Jesús M. *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de justicia constitucional en la nueva carta magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp.27-28.

¹⁵ Rivas Quintero, Alfonso. *Derecho Constitucional*, 6ª edición, Valencia, Venezuela, 2009, p.165.

sector de la doctrina venezolana llama a su texto político como «constitución acumulativa¹⁶».

Pero a su vez, a modo de retroalimentación, se consiguen otras relaciones entre ambos contextos. El hecho que el investigador de esta tesis sea oriundo de Venezuela con estudios de máster en España, permite constatar los datos de acá y de allá para verificar si consigue en ambos sistemas los mismos o distintos problemas. El punto es que desde la fórmula de «Estado social de derecho» de Venezuela –o más bien su desviación ideológica por la práctica política-, se advierte al «Estado social de derecho» de España los cuidados requeridos ante el ascenso al poder de partidos radicales (que desconocen el sentido pactista de dicha cláusula); construyendo con sus “interpretaciones” su propia Constitución. Más importante aún, es tratar de verificar en ambos sistemas, **posibles vaciamientos constitucionales al derecho a la educación como derecho fundamental desde lo prestacional** (por acción o por omisión), al dejar en el legislador de turno su concreción mínima. Nuestro interés se suma a otros estudios comparativos entre ambos países sobre figuras tan relacionadas con este trabajo, como el «contenido esencial¹⁷» y una parte del propio «derecho a la educación¹⁸».

Que los textos constitucionales de España y de Venezuela regulen el derecho a la educación gratuita dentro del catálogo de **derechos fundamentales** lleva a otra aclaratoria. Porque cuando en este trabajo contemplemos el derecho

¹⁶ Afirmación propia de las autoras Ávila Hernández, Morella y Martínez de Correa, Luz. *Reflexión sociojurídica sobre los derechos fundamentales prestacionales en Venezuela*. Caso: Los derechos educativos, Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, Vol. VII, Nro.1, ene-jul., Venezuela, 2001, p.125.

¹⁷ Cfr. García Soto, Carlos. *Tesis doctoral la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (Dir.), Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo, Madrid, 2015, Disponible: <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf> (enero, 2016).

¹⁸ Cfr. Blanco Uribe, Alberto. *Fundamento de la igualdad de derechos humanos entre nacionales y extranjeras y extranjeros migrantes: España y Venezuela*, en: Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Caracas, 2010, p.91.

fundamental a la educación *desde* la Constitución y su desarrollo legislativo, nos referimos al constituido por el «Estado nacional», por ende, entenderse el sentido de Nación (donde se potencia la intervención del *legislador nacional*). Precisión que se hace para solventar las diferencias respecto a la distribución de competencias especiales en el plano educativo que son propias de España y Venezuela y de éstos entre sí (*por ej.* Las Comunidades Autónomas¹⁹ en el caso español en donde se atribuyen amplias competencias en materia educativa²⁰; por otro, las otras competencias concurrentes dentro del Estado venezolano en niveles nacionales, estatales y municipales²¹; o respecto a la educación entre los derechos ancestrales indígenas²²). Así pues, quedan fuera de este contexto comparativo los contenidos relacionados con la escogencia de lenguas y tradiciones respectivas; y demás diferencias que surgen del reparto de competencias multinivel; de la misma manera que quedan excluidas, las otras formas educativas concertadas o subvencionadas²³. Por supuesto, partiendo de las obvias diferencias entre España y Venezuela (una monarquía parlamentaria y una democracia directa; un país

¹⁹ Sobre las relaciones a lo interno respecto al Estado social autonómico: *Vid.* Porras Nadales, Antonio. *Estados estatutarios y defensores del pueblo*, Teoría y práctica en España e Italia, Universidad de Jaén, marzo, España, 2014, pp.1-23.

²⁰ *Cfr.* Kämpfer, Walter. *Alcance y significado de los Derechos fundamentales en el ámbito de la educación*. Informe general, Trad. Carmen Villar Sardina, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm.7, ene-abr., Madrid, 1983, p.246.

²¹ En materia educativa, al interpretar las disposiciones de los artículos 102 y 103 de la CRBV, cuando hacen mención al «Estado»; Brewer subraya: “Estas competencias atribuidas por la Constitución al ‘Estado’, por tanto, como ha quedado argumentado, no son atribuidas a la República ni al Poder Nacional exclusivamente, sino que corresponden a todos los entes público-territoriales de nuestra organización federal: a la República, a los Estado Federales y los Municipios”. Brewer-Carías, Allan. *Instituciones políticas y constitucionales*, tomo II, Universidad católica del Táchira, tomo II, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp.387-388.

²² **Artículo 121 de la CRBV**: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural,... El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen **derecho a una educación propia** y a un **régimen educativo** de carácter intercultural y bilingüe,...” (Resaltado nuestro). Adicionalmente, Venezuela es suscriptor del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado en Ginebra por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), año 1989, relacionado con la *garantía en la educación*.

²³ Sobre este aspecto, es recomendable sin embargo: Díaz Lema, José M. *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y derecho comparado*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1992.

*desarrollado*²⁴ y el otro en *subdesarrollo*²⁵); no obstante se encuentran muchos elementos en común más allá del idioma, en especial, (i) la adscripción en sus respectivas cartas políticas de la cláusula del Estado social, (ii) las disputas ideológicas históricas alrededor de la construcción de este derecho fundamental en cada uno; y, (iii) las preferencias de ambos sistemas para que sea el legislador quien *mejor* disponga de los límites mínimos de estos derechos.

Por otro lado, si bien este trabajo se enfoca en clave constitucional, no exige que se hagan ciertas precisiones sobre el tratamiento también que tiene el derecho a la educación gratuita como **derecho humano**. Porque si bien no todos los derechos fundamentales se subsumen en la categoría de los derechos humanos – como afirma Arango²⁶-; el derecho a la educación se ubica dentro de esta doble categorización. En ese orden, se registran importantes consecuencias a partir de ciertos instrumentos internacionales aplicables a ambos países. Por ejemplo, en el caso español, desde la proclamación del artículo 10.2. CE que remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos -Cotino Hueso²⁷-, es posible distinguir alguna «medida mínima²⁸» del derecho a la educación en su contenido

²⁴ Con una importante inversión sostenida en educación como en la mayoría de países industrializados, según copiamos de Ter Horst, Enrique. *Los derechos humanos, espina dorsal de la gobernabilidad*, en: Gobernanza. Laberinto de la democracia, M. Ramírez Ribes (Comp.), Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma, Talleres Corpográfica, Caracas, 2005, p.132.

²⁵ Con pésimo desempeño en políticas públicas en general, especialmente «educativas». Entre otros, (i) Luque, Guillermo. *Educación, pueblo y ciudadanía. La educación venezolana en la primera mitad del siglo XX. 1899-1950*, Fundación Ed. el perro y la rana, Sistema nacional de culturas populares, 2ª ed., Caracas, 2010; (ii) Mundó, Mabel. *La discontinuidad en las políticas públicas: La reforma de la educación básica*, en: Venezuela. Visión plural. Una mirada desde el Cendes, Centro de Estudios del Desarrollo (Cendes), Universidad Central de Venezuela, Bid & co. Editor, tomo I, Caracas, 2005; (iii) Mascareño, Carlos. *La evolución de las políticas públicas: Desde el surgimiento del Estado social hasta su crisis*, en: Políticas públicas siglo XXI, Carlos Mascareño (Coord.), *Temas de docencia*, Centro de Estudios del Desarrollo (Cendes), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010, reimpresión.

²⁶ Arango, Rodolfo. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Ed. Legis, 1ª ed., Bogotá, 2005, p.92.

²⁷ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp.11 y ss.

²⁸ En este aspecto, *Vid.* Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial de los derechos humanos*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius

como derecho humano; y en el caso venezolano, por propia afirmación del constituyente que cataloga como derecho humano el derecho a la educación según el artículo 102 CRBV. En ese ámbito, los derechos humanos fortalecen la idea de la democracia al instituir límites al accionar mayoritario; porque al ser receptados por el constitucionalismo compatibilizan representación con derechos fundamentales²⁹.

Ya en clave estrictamente como **derecho fundamental** interno, tanto para la orientación española como la venezolana, este derecho se desarrolla y concreta en la medida en que cada legislador lo establece; argumento necesario de toda democracia en la forma en que se legitima el poder. Se plantea la conocida problemática de los límites internos y cuál sería el “mejor” mecanismo o procedimiento racional para ello. Nos llevará a estudiar las consecuencias entre «desarrollar» y «deducir» sus contenidos (respecto de sus límites internos); o cuando menos que esa libertad de configuración legislativa que se explica desde las teorías del llamado «contenido esencial» de cada derecho fundamental (“núcleo” abstracto y etéreo), *paradójicamente no está previsto expresamente en la Constitución sino que el legislador lo deduce de la misma.*

Dicha teoría que fue propugnada principalmente por el derecho público alemán y seguida muy de cerca después por la doctrina española (proyectada luego en su Constitución y jurisprudencia); copiada de igual forma por la doctrina y jurisprudencia venezolana –más no en su Constitución-; presenta puntos fuertes y débiles. Si bien resulta evidente la (enorme) utilidad de dicha teoría del contenido esencial con relación a su aplicación práctica; tampoco está ajena a algunos inconvenientes en razón de su indeterminación –o dificultades-, junto a las

Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, p.160.

²⁹ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismos y derechos colectivos*, Ed. Ediar, Argentina, 2005, p.47. Este autor dice acto seguido, que “una democracia sin constitucionalismo no es más que una tiranía de una mayoría circunstancial”.

consecuencias de ser tratado como un «concepto jurídico indeterminado» (Parejo Alfonso, Rubio Llorente, Prieto Sanchís, Medina Guerrero, Gavara de Cara; Chavero Gazdik; Colina Garea; Brague Camazano y muchos otros). El otro problema que acusa, es que la teoría del contenido esencial está concentrada en resolver las eventuales intervenciones (acciones) legislativas; pero que no responde del todo frente a las omisiones legislativas. Así que los problemas detectados no son pocos, aunque se comparta su importancia reconociendo el “éxito” de haber sido receptada por diversas cartas políticas. Pero a su vez, sin ánimos de competir, se debate acerca de la idea si el legislador es el “único” facultado –como aquí se niega– para el establecimiento de unos «contenidos mínimos necesarios». Por consiguiente, pese a la utilidad de la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, cuando menos respecto al derecho a la educación gratuita en su versión prestacional; *debería valerse de otra salvaguardia complementaria*. De esta manera se estudia la posibilidad de fijar dicho núcleo expresamente *desde* la propia Constitución, manteniendo entonces la facultad al legislador para desarrollar o configurar *pero a partir de ese «núcleo constitucional expreso»*; verdaderamente intangible a las mayorías coyunturales.

Dentro de los elementos teleológicos de esta tesis, conseguimos que determinar los contenidos mínimos del derecho a la educación pública (expresamente) *desde* la propia Constitución y no únicamente *por* el poder político, sortearía las múltiples tensiones ideológicas que se han enfrentado (según la historia de España y Venezuela) para la consecución del derecho a la educación y a la enseñanza. En cualquier caso, sea que ese nivel mínimo *conste* en la Constitución; o que *sea definido* por el legislador, estamos conscientes que su materialización depende en buena medida (de la actividad/omisión) de los órganos del poder público. Por otro lado, estamos conscientes que entre los puntos “débiles” de nuestra posición, se alegue que todo derecho tendría un “contenido [que] se

encuentra en constante cambio³⁰”; lo que exigiría la necesaria mediación legislativa para “actualizar” esos cambios³¹. Precisamente ello nos llevará a debatir en presencia de un «verdadero derecho ciudadano exigible»; *¿cuál es el contenido mínimamente “exigible” (o base disponible)?; ¿a quién corresponde distinguir ese contenido mínimo del derecho a la educación?*. Para estas respuestas postulamos una nueva dinámica frente a un posible diálogo entre Constitución, legislador y jurisprudencia. Por iguales motivos, se abordará otra teoría relacionada con el desarrollo de derechos sociales, como lo es el «derecho al mínimo vital», desde donde se puede explorar tal dinámica.

En ese orden de ideas, llega a proponerse un nuevo enfoque de la Constitución normativa frente al principio de separación de poderes y el de legalidad especialmente; por cuyos referentes algunos analizan la deslegitimación del poder legislativo frente a ciertas situaciones (Aragón Reyes, Barcellona, Cantaro, Porrás Nadales, entre otros); porque sin menosprecio a la actividad legislativa, parece evidente con Aragón: “La profunda capacidad deslegitimadora del Parlamento y, más en general, de la democracia representativa (...)”³²; reconociendo –al igual que nosotros-, que: “El derecho, los derechos, serían, pues, algo demasiado importante para dejarlo en manos de políticos³³”. Esta situación de la legitimación (o deslegitimación) viene a coincidir con el incremento sostenido de un activismo judicial en materia de derechos sociales, tal y como refrenda la doctrina (Prieto Sanchís³⁴; Ferrajoli³⁵; Elia³⁶ o Zagrebelsky³⁷); tanto que éste último

³⁰ Joachim Faller, Hans. *Alcances y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 3, núm.7, ene-abr., España, 1983, p.14.

³¹ Linares Benzo, Gustavo. *Actos normativos inconstitucionales por contrario de derechos fundamentales*, en: Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.213.

³² Aragón Reyes, Manuel. *El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad*, en: Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos, M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (Comps.), UNAM, Ed. Porrúa, México, 2004, p.158.

³³ Aragón Reyes, Manuel. *El juez ordinario...*, p.158.

³⁴ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Centro de estudios constitucionales, Nro.22, sept-dic., España, 1995, págs. 51, 54, 56.

ha llegado a defender que *hasta* los jueces estarían en mejores condiciones que el legislador para «concretizar» los derechos fundamentales³⁸; afirmación que de suyo genera polémica al cuestionar la tesis dominante del papel del legislador, que *sería*, en principio (basado en el dogma de la división de poderes), el “verdadero” legitimado en esa función. Entonces, una cosa es lo previsto en las constituciones como emanación del poder constituyente, y otra, lo que *pueden* concretar sobre tales contenidos los actores políticos (especialmente en materia legislativa).

Por consiguiente, sin restar la importancia que ha tenido el poder legislativo para desarrollar los contenidos sociales dentro del Estado social, este trabajo intenta persuadir acerca de la necesidad en que ciertos contenidos (mínimos) del derecho a la educación –visto como derecho fundamental- estén *especificados* en la Constitución y no (únicamente) por la “lectura” de la acción política (que en cambio si estaría habilitada para desarrollarlos). En este punto, se cuenta con el aval de tres distintos autores, quienes también desde distintas perspectivas ideológicas (Villaspín Oña –progresista-; Michelsen –conservador- y Rawls –liberal-); sostienen que **determinadas materias sociales estén ajenas al debate político y queden previstas desde las propias Constituciones**; lo que enriquece más aun este debate.

Finalmente, compartimos con Martínez López-Muñiz la preocupación que debe tener todo jurista, porque con relación al tema que nos ocupa, “(...) la educación aparece hoy, ante todo y quizás crecientemente, como trascendental objeto de derechos fundamentales y libertades públicas, así como de los

³⁵ Ferrajoli, Luigi. Luigi. *Democracia y garantismo*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p.209.

³⁶ Leopoldo Elia en “giustizia costituzionale e diritto comparato”, *Vid.* Fernández Segado, Francisco. *El estado social de derecho y el control en sede constitucional de las omisiones legislativas*, en: Anuario de Derecho procesal constitucional, E. A. Velandia Canosa (Ed.), año nro.1, Ediciones Doctrina y ley, Ltda., Bogotá, Colombia, 2010, p. 335.

³⁷ *Vid.*, Aragón Reyes, Manuel. *El juez ordinario entre la legalidad...*, p.158.

³⁸ *Ob. Cit.*, p.158.

consiguientes deberes públicos, con cuantas complejas relaciones y situaciones jurídicas de ellos derivan o en ellos se implican³⁹”.

Este trabajo se circunscribe a analizar el derecho fundamental a la educación gratuita desde su vertiente prestacional y la posibilidad de establecer unos contenidos mínimos *desde* la Constitución; sin competir con el legislador. Se trata de un derecho especial, al que *debería* aplicarse aquella sugestiva expresión de Dworkin (repetida por diversos teóricos como Prieto Sanchís⁴⁰, Casal Hernández⁴¹; Gomes Canotilho⁴²), *de que hay que tomarse los derechos en serio*.

1.1. La «cuestión social» como un término polisémico y conflictivo.

Entre los referentes cursan contribuciones de esa Francia revolucionaria que con la Constitución de 1791 (incluyó importantes regulaciones al derecho a la instrucción junto a otras de contenido igualitario) y con la Constitución jacobina de 1793 (que si bien no llegó a entrar en vigor por la guerra, promovía también como aquella derechos igualitarios⁴³). En otro lado, puede confirmarse con Sartori que la expresión *social* y sus distintas derivaciones empieza en rigor desde la mención que formula Pierre Leroux por allá en 1830⁴⁴. Asimismo, agregan Abramovich y Curtis

³⁹ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas*, en: Los derechos fundamentales en la educación, J. L. Requero Ibañez y J. L. Martínez López-Muñiz (Dirs.), Cuadernos de Derecho Judicial, 11-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p.20.

⁴⁰ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales...*, p.62.

⁴¹ Casal Hernández, Jesús M. *La protección internacional y constitucional de los derechos sociales*, Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p.20.

⁴² Gomes Canotilho, José J. *Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.1, sept-dic., España, 1988, pp.239 y ss.

⁴³ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, Madrid, 2007, p.22.

⁴⁴ Sartori, Giovanni. *La democracia en 30 lecciones*, Ed. Taurus, Taurus Pensamiento, Bogotá, 2009, p.79.

-citando a Ewald⁴⁵-, que las luchas por mejorar las condiciones del trabajador, condujeron a un cambio del modelo que articulara tales relaciones, “y a su reemplazo por uno novedoso, al que –dada su articulación como respuesta al conflicto que entonces se denominaba ‘*cuestión social*’- se dio nombre de derecho social⁴⁶”. Eran los primeros tiempos de movimientos orientados a la garantía de los derechos de los trabajadores⁴⁷; en cuya época “los sectores intelectuales y una parte de las organizaciones obreras se plantearon la necesidad de buscar respuestas políticas, institucionales, a la «*cuestión social*»⁴⁸”.

La «*cuestión social*» se hace más intensa al influir de tal manera en la Constitución francesa de 1848, cuyo Preámbulo concibe el deber de la República de asegurar “la existencia a los ciudadanos necesitados, bien procurándoles trabajo, en los límites de sus posibilidades, bien otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajar⁴⁹”. Estos hechos junto a la breve experiencia de la Comuna de París de 1871, “desempeñarían un papel central en la posterior evolución de los derechos sociales⁵⁰”.

Desde su concepción, hay que guardar cuidado sobre las consecuencias de un término que con tal naturaleza, amén de complejo, no pocas veces ha dado lugar a múltiples interpretaciones y por tanto, propenso a un debate constante tanto en la teoría del derecho como en la filosofía que le sirve de base. Precisamente, algunas de esas “desviaciones” hacen del mismo un término polisémico, al punto que Bonavides explica “la palabra *social* se inscribe entre los muchos vocablos políticos pasibles de aquella crítica y sujeta, por esto mismo, a las mas caprichosas

⁴⁵ Puede consultarse en: Ewald, François. *L'Etat de Providence*, Grasset, Paris, 1986. Disponible: http://www.persee.fr/doc/sosan_0294-0337_1986_num_4_3_1045 (enero, 2015).

⁴⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.12.

⁴⁷ Casale Valvano, Pedro. *Constitucionalización del derecho laboral y la tutela judicial efectiva*, en: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Edición homenaje a Fernando Parra Aranguren, nro.5, Caracas, 2015, p.113.

⁴⁸ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales...*, p.23.

⁴⁹ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales...*, p.23.

⁵⁰ *Ob. Cit.*, p.24.

variaciones de sentido y de preconceptos ideológicos⁵¹". A modo de resumen resaltamos algunos de los cuestionamientos, producto de tales "desviaciones" que se identifican con ese término.

Desde la doctrina, son bien conocidas las objeciones de Forsthoff, quien dijo alguna vez que "lo social es un indefinible definiens⁵²". Pues si antes representó una reivindicación histórica en su nacimiento; para Cossio estamos en presencia de un término caracterizado por su *vaguedad*, que adicionalmente es posible que admita elementos sustancialmente diversos⁵³; de allí que se afirme con González Moreno que la «cuestión social» es un tema complejo⁵⁴.

Desde la práctica constitucional también se pueden ubicar algunos desvaríos (o variantes). Para un español puede resultar inimaginable que este término produzca en la actualidad tantos problemas; pero respondemos inmediatamente que el caso de Venezuela es patente. A suerte de experimento real, su élite política dominante desde 1999 (con 17 años en el poder) después de abrazar los brazos del Estado social y proponer su recepción constitucional; ha apelado a un expediente "ideológico" *manipulando el concepto de lo social*. De este modo, han explicado que cuando dicho texto político se refiere al Estado social, *debe entenderse como Estado socialista o cuando menos que está en tránsito hacia el socialismo*. Escapan de los objetivos de este trabajo el análisis de fondo acerca de la tesis que sobre el «Estado democrático de derecho» sostiene en España Elías Díaz desde 1963⁵⁵ o la referencia de alguna construcción homóloga con la Constitución

⁵¹ Bonavides, Paulo. *Del estado liberal al estado social*, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 11ª ed., 2014, p.161.

⁵² Forsthoff, Ernest. *Problemas constitucionales del Estado social*, El Estado social, 1961, trad. de J. Puente Ejido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p.46.

⁵³ Cossio Díaz, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p.43.

⁵⁴ González Moreno, Beatriz. *El estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, p. 36.

⁵⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, pp.235 y ss.

portuguesa de 1976⁵⁶; ya que en relación al caso venezolano, la fórmula del artículo 2º CRBV es clara: «Estado democrático y social de Derecho y de Justicia»; así que cualquier consideración filosófica o antropológica aquí no sería pertinente. Y, aunque en principio la Sala Constitucional aclaró que el Estado social de derecho no propende a un Estado socialista⁵⁷; ese criterio ha sido “matizado” por el poder político, cuando la corriente más ortodoxa (representado por el carismático líder Hugo Chávez); se separó de la línea democrática y se autoproclamó “marxista-leninista⁵⁸”; entonces, comprendía que la cuestión social lo obligaba construir el *socialismo bolivariano*. El poder político hizo lo suyo, produciendo cambios en la conformación plural de aquella Sala Constitucional (designando como magistrados a personas comprometidas ideológicamente con la llamada “revolución”). Bajo ese contexto, se presenta una reforma constitucional que se **proponía convertir a Venezuela de un Estado social de derecho a un Estado socialista**, y que no obstante los distintos recursos de inconstitucionalidad propuestos; fueron desestimados (todos) por la nueva conformación de la Sala Constitucional (bajo el pretexto que ese acto de reforma no era sujeto a control sino el resultado de la consulta). En ese caso, a pesar de que el voto popular terminó rechazando *mediante referéndum tal proyecto socialista*⁵⁹; en la práctica esta forma de “socialismo” ha seguido imponiéndose por vía de acciones políticas (legislativas y gubernativas) con la mirada complaciente de un Poder Judicial deslegitimado (cuando su propia cúpula judicial dedujo que efectivamente estaban en favor de la

⁵⁶ En cuyo caso, el artículo 2 plantea de entrada: “Estado democrático y transición al socialismo”. Cualquier ampliación: *Vid.* Miranda, Jorge. *A orinalidade e as principais características da Constituicao portuguesa*, en Cuestiones constitucionales, nro.16, Unam, México, 2007. Disponible: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/02MRodriguesCanotilho.htm>. (febrero, 2014).

⁵⁷ Sent. 85/2002, del 24 de enero, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Disponible: <http://historico.tsj.gOb.Ciz.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM> (marzo, 2014).

⁵⁸ Periódico versión digital Abc.es., Madrid, fecha 05-22-10, Disponible: <http://www.abc.es/20100116/internacional-iberoamerica/chavez-declara-marxista-201001162021.html> (febrero, 2015).

⁵⁹ *Vid.*, Consejo Nacional Electoral. Disponible: http://www.cne.gOb.Ciz.ve/divulgacion_referendo_reforma/ (abril, 2015).

construcción de un socialismo⁶⁰). De este modo, se ha producido por vía legislativa los mismos contenidos rechazados por el referéndum de reforma constitucional⁶¹. Pero independientemente que tal conducta podría encuadrar en lo Carbonell reconoce en De Vega como «fraude constitucional⁶²»; lo que aquí interesa es subrayar *los peligros derivados de darle un contenido manipulado al término «social»*.

A pesar de tales desvíos, se advierte que el caso de Venezuela constituye expediente especial para los estudiosos del constitucionalismo y las teorías políticas; pero tampoco por ello se justifica la posición de Cossio cuando se refiere a *lo social* como una inadecuada expresión⁶³. Al contrario de tal desviación a la “venezolana”, en su vecina Colombia (que también se ubica en la forma de Estado social de derecho), se hacen esfuerzos en desarrollar (en pluralidad) una agenda cuyas políticas públicas, comenta Torres Ávila, tome en cuenta lo «social» para que no quede como una fórmula vacía⁶⁴. De manera que no todo es distorsión ideológica. Por ende, estamos al lado de aquellos que como Combellas reconoce las aportaciones del término⁶⁵. En nuestro caso, preferimos la existencia del vocablo «social» por ser eje y complemento del «derecho» en su conjunto; cuya ecuación da lugar a esa categoría especial objeto de nuestro estudio constituido por los «derechos sociales».

⁶⁰ Cfr., Academia de Ciencias Políticas y sociales, en: *Propuestas a la Nación*. Academias Nacionales de Venezuela, Contribución a la celebración del Bicentenario de la independencia, Ed. Italgráfica, Caracas, 2011, p.69.

⁶¹ Vid., Delgado, Francisco. *La reconstrucción del derecho venezolano*. Ed. Galipán, 1ª ed., Caracas, 2012, p. 27.

⁶² Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, p.216.

⁶³ Cossio Díaz, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p.44.

⁶⁴ Torres Ávila, Jheison. *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*, Ed. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2012, p.107.

⁶⁵ Combellas, Ricardo. *La tradición republicana. La doctrina bolivariana y la Constitución de 1999*, en: *Visión Iberoamericana del tema constitucional*, Fund. Manuel García-Pelayo, Caracas, nov., 2003, pp.155-156.

Siendo el derecho a la educación un típico derecho social, valdría la pena insertarnos a estudiar un poco de los orígenes de esta categoría para obtener mayores datos de interés investigativo.

1.2. Los derechos sociales en general. Acercándonos al constitucionalismo social.

La alocución «derecho social» (en singular), encuentra sus orígenes en el último tercio del siglo XIX y tiene lugar a partir de las críticas planteadas en el ámbito laboral, respecto de las relaciones entre trabajo y capital⁶⁶. Se circunscribía inicialmente a las cuestiones de los derechos de los trabajadores frente al desarrollo industrial y después de los campesinos en sus respectivos lugares; hasta que mucho después se orienta a otras áreas. Más adelante este tipo de derecho se fue proyectando a otros; para construir la noción «derechos sociales» (en plural); la cual siempre ha sido discutida desde el punto de vista conceptual⁶⁷; por sus supuestas insuficiencias y distorsiones en la aplicación del modelo liberal imperante⁶⁸; incluso antes de su aparición en el *constitucionalismo* en general⁶⁹.

La expresión «derechos sociales» según Pisarello, puede encontrar sus orígenes en un proyecto presentado a la Constitución francesa de 1793 por el agronomista G. Romme; y que, por su parte, M. Robespierre propuso a la misma Convención la alusión del nombre de *fraternidad*; aludiendo a un término que buscaba “moderar las grandes fortunas mediante impuesto progresivo y de «hacer honorable la pobreza» garantizando a todos el derecho a la libertad y a la

⁶⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.11.

⁶⁷ Moderne, Franck. *¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?*, en: *Derechos fundamentales y Estado*, M. Carbonell (Coord.), Instituto de Investigaciones jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, México, 1ª ed., 2002, p.517.

⁶⁸ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El umbral de la ciudadanía...*, p.10.

⁶⁹ Citado por Álvarez, Julio C. *Restricciones de los Derechos Fundamentales*, Vadell hermanos editores, Caracas-Valencia, Venezuela, 2010, pp.83-84.

existencia⁷⁰”. Asimismo, debe tenerse en consideración que varios términos se emplean para designar a este tipo de derechos; de modo que es posible encontrarse bajo el mismo rótulo «derechos económicos, sociales y culturales»; «derechos sociales y económicos»; «derechos de prestación»; «derechos de crédito»; «derechos fundamentales sociales»; «derechos de igualdad» y hasta «derechos colectivos⁷¹». En todo caso, Martínez de Pisón -de quien copiamos dichas referencias-, consigue en todos lo que llama un núcleo común, y prefiere emplear en ese sentido la fórmula «derechos sociales» por los “orígenes históricos de estos derechos⁷²”; además que el resto de “las alternativas tampoco parecen convincentes⁷³”.

A este tipo de derechos, principalmente se les adjudica entre sus ejes problemáticos, (i) su tardía incorporación a los textos universales y luego hacia sus respectivas constituciones (a partir de un debate ideológico); (ii) las dificultades atinentes a su aparente indeterminación (sobre sus contenidos), cuestión que a su vez afecta su justiciabilidad; (iii) hasta su cuestionamiento debido a sus (supuestos) “altos” costos en términos operativos. Obviamente, tales problemas –que no únicos sino los más acuciantes-; por lo tanto, es preciso establecer las distintas perspectivas en el orden ideológico en torno a ellos⁷⁴; por cuya razón Pisarello explica:

“Los derechos sociales, en cambio, serían ante todo derechos positivos, costosos, y condicionados en su realización a la ineluctable reserva de lo económicamente posible o razonable. Esta característica se agravaría por el hecho de que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, se trataría de

⁷⁰ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, Madrid, 2007, p.22 (en notas a pie de página).

⁷¹ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.108.

⁷² Martínez de Pisón, José. *Ob. Cit.*, p.110.

⁷³ *Ob. Cit.*, p.110.

⁷⁴ Baldasarre, Antonio. *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, núm. 20, Colombia, 2001, p.21.

derechos vagos e indeterminados, que no dejan claro ni cuál es la conducta a la que obligan ni quiénes son los sujetos obligados. Finalmente, se trataría de derecho de dimensión colectiva, que a diferencia de los individuales, no serían susceptibles de ciertas formas de tutela, por ejemplo, ante los tribunales⁷⁵”.

Esta multiplicidad de criterios hace que la materia de derechos sociales siga hoy generando un intenso debate, que como comenta Aguilar Cavallo, se mezclan argumentos jurídicos con posiciones ideológicas de los teóricos⁷⁶. La cuestión es de tal importancia, que Revenga dice, “dime qué piensas de los derechos sociales, y te diré cuál es tu concepción de la democracia y de la justicia⁷⁷”. Bástese recordar un momento la carga “ideológica” que rodea al derecho a la educación o la enseñanza como vimos en su momento y entenderemos mejor este asunto.

Basado en esa discusión, cierta corriente doctrinal –recuerda Afonso Da Silva- *aún* concibe los derechos sociales no como verdaderos derechos, sino como simples garantías institucionales, negándoles incluso la categorización en derechos fundamentales⁷⁸; aspecto que se explica con Pisarello⁷⁹ y García Schwarz⁸⁰ en virtud de influencia de la *dogmática jurídica*. Los derechos sociales serían para esa

⁷⁵ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, Madrid, 2007, p.59.

⁷⁶ Aguilar Cavallo, Gonzalo. *¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones?*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, p199.

⁷⁷ Revenga Sánchez, Miguel. *Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)*, en: Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nro.21, dic., Madrid, 2009, pp.97-98.

⁷⁸ Da Silva, José Afonso. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Sección Doctrina Jurídica, Nro.149, Ciudad de México, 2003, p.138.

⁷⁹ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...*, pp.37 y ss.

⁸⁰ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho, Miguel Ángel Porrúa Editor, México, 2011, p.98.

corriente una expresión “desacreditada⁸¹”. Por todas estas razones, con toda su evolución constitucional, los derechos sociales aún siguen situados en un plano “secundario” –e inferior- respecto de los derechos civiles y políticos; en tanto, como *derechos programáticos*⁸², porque su “operatividad quedaría supeditada a la libre configuración del legislador de turno⁸³”.

Aunque la distinción entre derechos individuales y derechos sociales puede ser objeto de amplias discusiones⁸⁴; la posición que acá se sostiene cuestiona la falsa concepción de que los derechos civiles y políticos serían más importantes que los derechos sociales; queja que también acusa Bolívar respecto a la *relativización* de los derechos sociales⁸⁵. Se puede “resolver” esa puja asumiendo que *todos* los derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos están en el mismo plano; en virtud de su necesaria interrelación (entre uno y otro derecho); o *interdependencia* como asegura la doctrina calificada salvo algunas oposiciones⁸⁶. Huelga recordar, que en el campo de los derechos humanos han de concebirse

⁸¹ Revenga Sánchez, Miguel. *Los derechos sociales...*, pp.97-98.

⁸² Castán Tobeñas citado por Pérez Luño en este aspecto, recordaba: “Los llamados derechos sociales de las constituciones modernas, tan ampliados en las Declaraciones universales o multinacionales, se mantienen con frecuencia en el terreno de lo programático”. *Cfr.*, Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.87.

⁸³ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...*, p.16

⁸⁴ Suárez, Fernando. *Los derechos sociales en las constituciones*, en: Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales, Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 junio, L. Sánchez Agesta (Coord.), Revista de Derecho Privado. Centro de estudios y comunicación económica, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1977, p.205.

⁸⁵ Bolívar, Ligia. *El derecho a la educación*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, XXVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010, p.6. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r255666.pdf> (marzo, 2014).

⁸⁶ El autor venezolano Álvarez, sostiene que no puede haber equivalencia en el campo de los derechos humanos entre los derechos civiles y políticos; por un lado, con los derechos económicos, «sociales» y culturales por el otro; ya que estos últimos, sostiene: “(...) tienen a ser más definidos constitucionalmente y en base a su estructuración pueden generar el sentido obligacional de su contenido”. *Vid.*, Álvarez, Julio C. *Restricciones de los Derechos Fundamentales*, Vadell hermanos editores, Caracas-Valencia, Venezuela, 2010, p.87.

todos como derechos indivisibles⁸⁷. En consecuencia, aunque conscientes también de las diferencias, “ello no puede conducir –dice Pérez Luño- a un desconocimiento de la profunda complementariedad que existe en ambas categorías ni a la negación de la positividad de los derechos sociales⁸⁸”. Si se prefiere, existe una equivalencia en relación a los derechos sociales respecto a los civiles y políticos (Pisarello⁸⁹); a lo que se suma Tajadura en darle tratamiento homologable a los derechos en general (civiles, políticos, sociales, económicos y culturales), si se toma en cuenta que: “La naturaleza de los derechos constitucionales es siempre la misma⁹⁰”.

El otro tema que parece ya superado, es la idea que alude a que los derechos sociales se trata de derechos excesivamente costosos en orden de materializarlos; cuestión que se pone de relieve cada vez que aparece una nueva crisis económica (como la que agobian a España y a Venezuela). Hoy, sobran argumentos que desmontan tales críticas, en la tesitura que también la ejecución de ciertos derechos civiles y políticos requieren de fuertes erogaciones estatales (como los derechos relacionados con el debido proceso respecto al mantenimiento de tribunales, implementos y de funcionarios, así como los derechos al voto y sus altísimos costos asociados, etc.). Seguimos con Carbonell que no es cierto que haya derechos gratuitos y derechos caros; pues en general, todos representan la erogación de costos estatales en su estructura⁹¹. Para superar las divergencias ideológicas (que intenta ver a los derechos sociales como diferentes al resto de derechos civiles y políticos); como la idea que aquellos son más costosos que el resto de derechos, nos

⁸⁷ Cfr. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/43/114, del 8 de diciembre de 1988, tercer párrafo. Citada en: Faúndez Ledesma, Héctor. *El pacto internacional de los derechos civiles y políticos y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos*, Universidad Monteávila, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, p.47.

⁸⁸ Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, págs.85 y 593.

⁸⁹ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...*, p.105.

⁹⁰ Tajadura Tejada, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI*, en: *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, nov., 2003, p.433.

⁹¹ Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, p.82.

atenemos a los trabajos más completos de Carbonell⁹², Cascajo⁹³, Tajadura⁹⁴, Abramovich y Curtis⁹⁵. Todas estas cuestiones sin embargo, no son fáciles de digerir en la práctica constitucional frente a quienes niegan a tal equiparación; de allí que autores como Cascajo⁹⁶ y Pisarello⁹⁷ se quejan que los derechos sociales seguían siendo tratados como derechos en (permanente) “minoría de edad”; situación que se atribuye a las prácticas llevadas a cabo por los diversos actores políticos.

En el supuesto de que se hayan superado estas cuestiones; se advierte que tampoco son las únicas complejidades del tema. En España, coincide que un estudio del profesor Revenga se aluda directamente al derecho a la educación (entre otros), para explicar la problemática que consigue en la regulación de los derechos sociales en la CE en relación a su (falta) materialización. Empieza diciendo que entre las cuestiones mínimas que ha de reconocerse, es que resulta evidente alguna incongruencia “de una Constitución que parece diseñada para reconocer derechos sociales y al mismo tiempo desactivarlos⁹⁸”. La cuestión se pone más interesante, cuando en forma categórica defiende “que la CE de 1978 no contempla, en rigor, la categoría ‘derechos sociales⁹⁹’”. Sostiene que en donde aparecen los llamados principios rectores de la política social y económica, encabezados en el capítulo tercero del título I de la Constitución, pueden ubicarse

⁹² Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo...*, p.81 y ss.

⁹³ Cascajo Castro, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

⁹⁴ Tajadura Tejada, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI*, en: *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, nov., 2003, p.433.

⁹⁵ Abramovich, Víctor y Curtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed.Trotta, Madrid, 2004.

⁹⁶ *Vid.*, Cascajo Castro, José Luis. *Derechos sociales*, en: *Derechos sociales y principios rectores*. Actas del IX Congreso de la Asociación Constitucionalistas Españoles, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, 27 y 28 de enero de 2011, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2012, p.23.

⁹⁷ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...*, p.14.

⁹⁸ Revenga Sánchez, Miguel. *Los derechos sociales...*, p.98.

⁹⁹ *Ob. Cit.*, p.99.

–más por “inercia”, dice, que por otra cosa- los *derechos sociales*. Igualmente alega que una hojeada a la CE, da cuenta que la única norma donde se les menciona expresamente, es la prevista en el art.42, con relación “a los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero¹⁰⁰”. El mismo autor sin embargo es consciente que: “No siendo el nombre de las cosas lo que importa”; por virtud de lo cual, subraya que “el constituyente tuvo a bien rescatar aquellos que consideró oportuno, para dignificarlos con los mismos atributos que distinguen a los genuinos derechos fundamentales¹⁰¹”.

En el caso venezolano, bajo la (aparente) categoría especial de los *derechos (fundamentales) «culturales y educativos»*; se incluye al derecho a la educación, que al final ha de entenderse igualmente dentro de los derechos sociales –porque se tratan de la misma cuestión-. Ahora bien, en el caso del derecho a la educación, amén de fundamental y social, se predica además su forma prestacional; aspecto del que redundan unas consecuencias especiales. Así que tendremos los *derechos sociales* como el género y a los derechos educativos (al que se agregan también los culturales por el constituyente venezolano) como de la misma expresión o especie. Pensamos que esa inscripción del constituyente venezolano en colocar el derecho a la educación en capítulo distinto a *otros* derechos sociales, resulta de la concepción política del constituyente, quizá influenciado por esa caracterización tan variada que se conjuga en el derecho a la educación e igualmente en el derecho de la enseñanza.

La inferencia procede de analizar ciertos documentos regionales que conceden al derecho a la educación una relación tan compleja (por la variedad de elementos que le contienen). Es así como, la Observación General Nro.11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, considera al derecho a la educación como un derecho *trasversalizado* por otros más:

¹⁰⁰ *Ob. Cit.*, p.99.

¹⁰¹ *Ob. Cit.*, p.99.

“Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es, *todos esos derechos al mismo tiempo*. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de estos derechos¹⁰²”. (Resaltado nuestro).

A los fines investigativos, no queremos encasillar al derecho a la educación o a la enseñanza gratuita como un derecho específico sino dentro del grupo que contiene las características homólogas que poseen *todos* los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Antes que estos derechos sociales pasen a ser receptados en los respectivos textos constitucionales, son concebidos como derechos de corte universal según corresponda en los tratados y demás documentos normativos aplicables a ambos sistemas constitucionales. Amen a esta tipología de derechos, coincidimos entonces, que el derecho a la educación o a la enseñanza gratuita en los textos constitucionales de España y de Venezuela está aceptado como un **derecho social prestacional** en el que se encuentran sus principales características. Ya se vio que desde esa perspectiva universal se ha generado un rico debate que está más vigente que nunca.

En definitiva, los derechos sociales se entienden entonces como la piedra angular de todo Estado social; pues en línea con Carpizo “sin los derechos sociales no existe Estado social, y éste se actualiza en cuanto hace efectivos esos derechos en un sistema democrático¹⁰³”; de allí que estas líneas van dirigidas en ese norte.

¹⁰² Instrumentos internacionales de promoción y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Programa de Educación-Acción en Derechos Humanos, Serie Aportes, nro.9, Colorgrafic, Caracas, 2009, p.230

¹⁰³ Carpizo, Jorge. *Una clasificación de los derechos de la justicia social*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, p. 422.

1.3. De los derechos sociales prestacionales.

Un brevísimo paseo permite precisar que las mayores contribuciones al sentido prestacional con el que se conocerán después ciertos derechos sociales, pueden encontrar sus orígenes en las reivindicaciones de los trabajadores y por las presiones de los partidos comunistas a partir de la segunda mitad del siglo XIX en Europa¹⁰⁴, los cuales fueron reconocidos por vez primera en la Constitución mexicana de 1917 y sobre todo en la alemana de Weimar de 1919¹⁰⁵. Asimismo, que se debe a Mazzioti en Italia y a Cascajo Castro en España, la comprensión de los «derechos sociales de prestación», que pueden definirse como “los derechos de cualquier ciudadano a una directa e indirecta prestación positiva de los poderes públicos en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad¹⁰⁶”.

Por la propia naturaleza del Estado social, el mismo se proclama como un Estado intervencionista¹⁰⁷. Su faceta prestacional se pone de manifiesto, porque el núcleo de las funciones del Estado social es la prestación de bienes y servicios para lograr el bienestar de sus respectivas sociedades¹⁰⁸. Bajo esa perspectiva, opina Carmona: “Las políticas sociales prestacionales concretan la actividad asistencial del Estado, esto es, la actividad del que hemos llamado Estado asistencial, como manifestación básica del Estado Social¹⁰⁹”. Por ende, la categorización de lo prestacional resultará clave para entender al Estado social¹¹⁰; para lo cual se hace

¹⁰⁴ Vid., Goitia Caballero, Carlos A. *Constitución, estado y economía. La intervención del estado en la economía en las constituciones de los Estado miembros de la Comunidad andina*, Azul editores, La Paz, Bolivia, 2006, p.61 (notas a pie de pág.).

¹⁰⁵ Carmona, Encarnación. *La Consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial*, en: Derecho Constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, tomo I, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p.493.

¹⁰⁶ *Ob. Cit.*, p.493.

¹⁰⁷ Bonavides, Paulo. *Del Estado liberal al Estado social*, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2014, p.181.

¹⁰⁸ Ariño Ortíz, Gaspar. *Principios de derecho público económico*, Ed. Ara, Lima, Perú, 2004, p.140.

¹⁰⁹ Carmona, Encarnación. *La Consolidación del Estado social...*, p.497.

¹¹⁰ Brewer Carías, Allan. *Historia constitucional de Venezuela*, tomo II, Ed. Alfa, Colección Trópicos/Historia, nro.81, Caracas, 2008, p. 165.

necesario definir los «derechos sociales prestacionales». Los «derechos de prestación» en general son aquellos que suponen una acción positiva, normalmente –dice Peces-Barba- de los poderes públicos¹¹¹:

“Los derechos de prestación, a diferencia de los derechos como no interferencia, suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser de particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no puede ser resueltas por la propia y exclusiva fuerza del afectado¹¹²”.

Una vez que los derechos sociales –y fundamentalmente los de carácter prestacional- forman parte del llamado constitucionalismo social; se generan importantes consecuencias en los debates teóricos, políticos y prácticos. En reflexión de Bidart Campos, “estamos habituados a visualizar los derechos sociales como derechos-prestación o derechos de prestación y es cierto que el débito positivo de dar o hacer suele predominar en los derechos sociales y ser señalados como una característica que los diferencia de los clásicos derechos civiles¹¹³”. En este tema, González Moreno es consciente que “la polémica sobre los derechos a prestaciones está caracterizado por diferencias de opinión sobre el carácter y tareas del Estado, del derecho y de la Constitución, inclusive [en] los derechos fundamentales¹¹⁴”. En cualquier caso, lo que no puede estar sujeto a discusión, indica “a la luz del postulado del Estado social de derecho, [es] la faceta prestacional que pueden presentar los derechos fundamentales¹¹⁵”.

Cabe agregar de lo anterior, que la prestacionalidad se constituye como referencia de la mayoría de los derechos sociales (fundamentales o no); y en algunos casos, es tan determinante que algunos -como Prieto Sanchís- prefieren

¹¹¹ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.290.

¹¹² Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de derechos...*, p.290.

¹¹³ Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, México, 2003, p.233.

¹¹⁴ González Moreno, Beatriz. *El estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, p.161.

¹¹⁵ González Moreno, Beatriz. *El estado social...*, p.185.

referirse a los derechos sociales *solo* aquellos que tengan estrictamente dicho carácter¹¹⁶. En ese sentido, cuando Carmona hace referencia a los derechos sociales como el derecho al trabajo, a la seguridad social, *a la educación* o a la vivienda, se está refiriendo a **los derechos prestacionales en sentido estricto**¹¹⁷, para distinguirlos de otros derechos sociales, que aunque se sitúan en esferas cercanas, constituyen propiamente derechos de libertad, como serían en su criterio “los derechos de sindicación y huelga pues¹¹⁸”.

De los comentarios anteriores según los cuales solamente han de tenerse como sociales los derechos prestacionales, se puede concluir parcialmente que tal característica distintiva no es del todo pacíficamente aceptada. Así por ejemplo, Rossetti tiene la opinión de darle el mismo tratamiento como derechos sociales prestacionales a los derechos relacionados al trabajo y a la huelga, a la libertad sindical, a la asistencia y seguridad social, para diferenciarlos de otros derechos “clásicos¹¹⁹”. Igualmente, para Martínez de Pisón si bien es cierto que “los derechos sociales se perfilan como un conjunto heterogéneo de derechos, de difícil captación intelectual y con numerosas incertidumbres y ambigüedades¹²⁰”. Sostiene que definir los derechos sociales únicamente aquellos de carácter prestacional; dejaría fuera a ciertos derechos sociales no prestacionales (refiriéndose principalmente a la sindicación o el derecho a huelga¹²¹). Con estas observaciones, parece estar

¹¹⁶ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Centro de estudios constitucionales, Nro.22, sept-dic., España, 1995, p.27.

¹¹⁷ Carmona Cuenca, Encarnación. *¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?*, en: Estudios sobre la Constitución Española (Obra Colectiva), Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Cortes Generales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universitat de Barcelona, Ajuntament de Mollet del Vallès, Vol.II, Madrid, 2008, p.1108.

¹¹⁸ Carmona Cuenca, E. *La Consolidación del Estado social...*, p.493.

¹¹⁹ Rossetti, Andrés. *Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales*, en: Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia (Obra Colectiva), S. Ribotta y A. Rossetti (Eds.), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates, Nro.13, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2010, p.104.

¹²⁰ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.107.

¹²¹ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar...*, p.109.

comúnmente admitido que tal dimensión prestacional tampoco es exclusiva de los derechos prestacionales, si se parte de la tesis que también algunos derechos individuales presentan faceta prestacional¹²². Sin orden de preferencia, se viene aceptando la distinción entre los «derechos sociales prestacionales» frente a los derechos del mismo signo que no tienen en sí mismo prestaciones a cargo del Estado¹²³. Nos lleva a diferenciar entre los «derechos sociales genéricos» de los «derechos sociales prestacionales» propiamente dichos¹²⁴.

Lo que interesa a los fines de esta tesis es subrayar el carácter prestacional de buena parte de los derechos sociales, es decir, en las implicaciones acerca de *las gestiones o actividades que deben ser ejecutadas a cargo de la burocracia estatal*. Una vez que se ha establecido el sentido prestacional de los derechos sociales en sentido estricto; hay diversas perspectivas en la forma en que son concebidos: si como derecho en clave ciudadana; si como obligación en clave estatal, o si incluso puede entenderse en ambas perspectivas. Un importante sector (ej.: Arango¹²⁵; Silva¹²⁶ y Carmona¹²⁷), los entiende como verdaderos derechos subjetivos; es decir, aquellos que otorgan un título al sujeto para que se le entreguen ciertos bienes, se

¹²² Casal Hernández, Jesús M. *La protección internacional y constitucional de los derechos sociales*, Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p.12.

¹²³ Entre los autores que acogen la distinción de derechos sociales prestacionales y derechos sociales no prestacionales: *Vid.* Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Centro de Estudios Constitucionales, Nro.22, sept-dic., España, 1995, pp.18-19.

¹²⁴ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Ed. Legis, 1ª ed., Bogotá, 2005, p.6.

¹²⁵ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.6.

¹²⁶ Silva Cimma, Enrique. *Una interpretación de la constitución a la luz de la servicialidad y la solidaridad. El caso chileno*, en: Constitución y constitucionalismo hoy, Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2002, p.203.

¹²⁷ Carmona Cuenca, Encarnación. *¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?*, en: Estudios sobre la Constitución Española (Obra Colectiva), Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Cortes Generales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universitat de Barcelona, Ajuntament de Mollet del Vallès, Vol.II, Madrid, 2008, p.1109.

le presten determinados servicios o se le transfieran ciertos recursos¹²⁸. Para otro sector, como el caso de Cossio, “la enunciación de los derechos fundamentales prestacionales como derechos, significa, en realidad, más la imposición de una obligación que el otorgamiento de un derecho¹²⁹”. Asimismo, también se encuentra la visión “ecléctica” que precisado de esa estructura (derechos/obligaciones) explica Peña Solís, “se corresponden correlativamente con las situaciones jurídicas de poder favorables a las personas, configurándose así una nítida relación jurídica en la cual en términos de derechos subjetivos, el Estado es el deudor y las personas son las acreedoras¹³⁰”. Independientemente que se vea desde la perspectiva de la obligación estatal (Cossio) o de verdaderos derechos subjetivos (Carmona, Silva y Arango); o en forma de derechos y obligación correlativamente (Peña Solís); lo que aquí interesa es que en el caso del derecho a la educación están presentes todos los rasgos más característicos de los derechos sociales; (i) como prestacionalidad; (ii) como derecho subjetivo; (iii) como obligación estatal.

1.4. Los derechos sociales como derechos fundamentales.

La afirmación que los derechos sociales son los más *fundamentales* de los derechos¹³¹; es solo un mensaje de buenas intenciones. La práctica cotidiana respecto a la falta de materialización de buena parte de los derechos sociales responde en la dirección contraria. En un plano axiológico, dice García Schwarz, “lo que caracteriza un derecho como fundamental es, sobre todo, su pretensión de

¹²⁸ Carmona Cuenca, Encarnación. *¿Los derechos sociales...?*, p.1109.

¹²⁹ Cossio Díaz, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.240.

¹³⁰ Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Manuales universitarios, Ed. Paredes, Caracas, 2014, p.95.

¹³¹ Ribotta, Silvina. *Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿Igualdad o prioridad?*, en: Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia (Obra Colectiva), S. Ribotta y A. Rossetti (Eds.), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates, Nro.13, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2010, p.263.

tutela de intereses o necesidades básicas ligadas al principio de igualdad real¹³²». Enseguida se analizan algunas ideas con relación a los derechos sociales como derechos fundamentales, empero, ello no quiere decir tampoco que estén solucionados con esa “adscripción” todo el abanico de problemas que plantea su materialización (en sus distintas áreas).

Si no es pacífico el significado de derecho fundamental¹³³; mayor discusión se conseguirá con relación al significado de los «derechos sociales fundamentales». Pero antes de hablar de los derechos sociales como derechos fundamentales; debe recordarse que el término *droits fondamentaux* aparece en Francia hacia 1770 en el marco al movimiento político que devino en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; expresión que luego adquirirá relieve en la postguerra mundial¹³⁴. Los derechos fundamentales nacerían en un momento especial, cuando ya el Parlamento tenía una vasta experiencia en la falta de materialización de derechos en general; por vía de acción (incompleta) sin tomar las decisiones y procedimientos para su ejercicio; o por vía de inacción (en donde tuvo largos períodos en no hacer nada) en pro de su ejercicio. La triste experiencia de la Alemania nazi y sus desafueros (entre los que destaca el vaciamiento de la Constitución y su función programática), procuraron la formulación de unas salvaguardas concentradas para proteger a los ciudadanos de las mayorías coyunturales. Los derechos fundamentales –dice Amaya parafraseando a Dworkin– son cartas de triunfo ante la democracia¹³⁵.

¹³² García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho, Miguel Ángel Porrúa Editor, México, 2011, p.98

¹³³ Tenorio, Pedro. *El Tribunal Constitucional, la cláusula Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno*, cap. 12, en: *Derechos sociales y principios rectores*, Actas del IX congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (celebrado en Santa Cruz de Tenerife, enero 2011), J. L. Cascajo Castro, M. Terol Becerra, A. Domínguez Vila, V. Navarro Marchante (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p.260.

¹³⁴ Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, Temas clave de la Constitución española, Ed. Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2004, p.29.

¹³⁵ Amaya, Jorge A. *Democracia y constitución. El poder del juez constitucional*, Colección textos jurídicos, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias jurídicas, Argentina, 2012, p.52

Hay que tener en cuenta a los derechos fundamentales (como género) para llegar a los *derechos sociales fundamentales* (como especie). Por esta razón, Moreno González expone:

“Dentro de las normas adscritas a las disposiciones de derechos fundamentales como «derechos sociales fundamentales» las hay de diversa estructura: pueden conferir derechos subjetivos o contener obligaciones objetivas para el Estado; pueden ser vinculantes o no vinculantes, y en este segundo caso, contener o no enunciados programáticos; pueden ser principios o reglas. Pero además de estas trascendentales diferencias estructurales, pueden tener distintos contenidos: o dirigir al aseguramiento de «mínimos vitales», de las condiciones básicas de existencia, o por el contrario, delinear ambiciosos objetivos sociales y de plena realización de la personalidad. La categoría de los derechos sociales fundamentales se presenta, como vemos, colmada de complejidades¹³⁶”.

Este primer acercamiento a la tipología de los «derechos sociales fundamentales», permite deducir gráficamente dos sectores que se disputan las consecuencias sobre la eficacia de los derechos sociales de prestación. En un primer grupo, están aquellos que siguiendo la tesis que propugnaba Schimtt, alegan que se trata de «principios programáticos» con eficacia ético-política; con necesaria intermediación legislativa¹³⁷; en donde se sitúa Böckenförd: “Los derechos fundamentales son reducidos en su dimensión social a meros cometidos constitucionales¹³⁸”. En otro grupo, quienes están en favor del carácter jurídico de dichos derechos, pero sin desconocer sus dificultades¹³⁹.

Sobre esta última cuestión, se advierte “una cierta confusión terminológica –dice González Moreno- entre derechos sociales fundamentales, que serían los derechos a prestaciones que recogen de manera expresa, por ejemplo, algunas

¹³⁶ González Moreno, Beatriz. *El estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, p.144.

¹³⁷ González Moreno, Beatriz. *El estado social...*, pp. 34-35.

¹³⁸ Böckenförd, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Auflage, Alemania, 1993, p.66.

¹³⁹ Carmona, Encarnación. *La Consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial*, en: Derecho Constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, tomo I, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p.495.

Constituciones de Estado federados alemanes, y derechos fundamentales a prestaciones, que serían los derechos adscritos interpretativamente¹⁴⁰”. Refiere además, que dada las similitudes que representan, “Alexy denomina a todos los derechos a prestaciones en sentido estricto, derechos sociales fundamentales, y distingue después entre ellos los establecidos expresamente y los adscritos¹⁴¹” (por vía de interpretación). Como puede observarse, buena parte de los autores acude a Alexy para explicar los derechos sociales fundamentales (Carmona¹⁴²; González Moreno¹⁴³; Bastida¹⁴⁴; Pérez Luño¹⁴⁵; Arango¹⁴⁶; Casal¹⁴⁷; Álvarez¹⁴⁸).

Ahora bien, no obstante de reconocer en Alexy “el más cualificado estudioso del papel de la «argumentación iusfundamental»¹⁴⁹”; en virtud de que el mismo “ha prestado atención doctrinal a los procesos actuales tendentes a clarificar la teoría argumentativa en el seno de procesos rehabilitadores de la racionalidad práctica¹⁵⁰”; téngase en cuenta que el elemento básico para conseguirlo es *el*

¹⁴⁰ González Moreno, Beatriz. *El estado social...*, p.144 (en nota a pie de página).

¹⁴¹ *Ob. Cit.*, p.144 (nota a pie de página).

¹⁴² Carmona, Encarnación. *La Consolidación del Estado social...*, pp.495 y ss.

¹⁴³ González Moreno, Beatriz. *El estado social...*, pp.143 y ss.

¹⁴⁴ Bastida, Francisco J. *¿Son los derechos sociales fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentabilidad de los derechos*, en: Estudios sobre la Constitución Española (Obra Colectiva), Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Cortes Generales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universitat de Barcelona, Ajuntament de Mollet del Vallès, Vol.II, Madrid, 2008.

¹⁴⁵ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010.

¹⁴⁶ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Ed. Legis, 1ª ed., Bogotá, 2005.

¹⁴⁷ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Ed. Legis, 1ª ed., Caracas, 2010, p. 18.

¹⁴⁸ Álvarez, Julio C. *Restricciones de los derechos fundamentales*, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, 2010, pp.49 y ss.

¹⁴⁹ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos...*, p.662.

¹⁵⁰ *Ob. Cit.*, p.662.

*procedimiento*¹⁵¹ (es decir, la forma de conseguir la existencia de tales derechos mediante un complejo juego argumentativo).

En cambio, el sentido que acá se defiende (para explicar los «derechos sociales fundamentales»), no responde al “procedimiento” argumentativo que está presente en Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 2002, pp.482-483) para construir su tesis de los derechos fundamentales *adscritos interpretativamente*¹⁵². Ello conduciría a un complejo proceso de interpretación de principios y valores constitucionales (para deducir igualmente de este conjunto otro tipo de derechos fundamentales). Porque si bien se entiende con él que esa razonabilidad es válida así como su argumento (cuya creación descansa tanto en el legislador –basado en el principio de la separación de poderes y el de democracia que incluye la competencia presupuestaria del parlamento¹⁵³–; como en la jurisprudencia del tribunal Constitucional¹⁵⁴); en este trabajo vamos a referirnos exclusivamente a los **«derechos sociales fundamentales»** que se deduzcan explícitamente en los respectivos textos constitucionales (como ocurre con el derecho a la educación gratuita en los textos constitucionales de España y Venezuela); y así no tener que acudir a una mayor elaboración argumentativa. Así que admitimos tal fundamentabilidad, siempre que se deduzca jurídicamente del texto constitucional y no de una ponderación sociológica¹⁵⁵.

Establecido lo anterior, los derechos fundamentales explícitos “participan de esa posición de supremacía que tiene la Constitución en la que están insertos; por el contrario, no son calificables como fundamentales si carecen de ese rango o

¹⁵¹ *Ob. Cit.*, p.662.

¹⁵² Este tema, *Vid.* Carmona Cuenca, Encarnación. *¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?*, en: Estudios sobre la Constitución Española (Obra Colectiva), Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Cortes Generales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universitat de Barcelona, Ajuntament de Mollet del Vallès, Vol.II, Madrid, 2008, p.1113.

¹⁵³ *Cfr.*, Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.55 (nota a pie de pág.).

¹⁵⁴ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, El derecho y la justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 489.

¹⁵⁵ Bastida, Francisco J. *¿Son los derechos sociales fundamentales?...* p.1084.

quedan desprovistos de él y entran en el campo de la entera y libre decisión del legislador¹⁵⁶". Es decir, que según Bastida:

“los **derechos sociales son derechos fundamentales** sólo si el constituyente los configura y organiza con las características y garantías propias de la fundamentabilidad de la norma constitucional. De lo contrario, su mención en la Constitución tendrá relevancia como principios rectores de la política social y económica que oriente la actuación de los poderes públicos, pero su contenido para los ciudadanos será el que previamente disponga el legislador y sólo en el marco trazado por éste serán exigibles por los ciudadanos¹⁵⁷". (Resaltado nuestro).

Esta interesante propuesta sirve para que indagemos, sobre la importancia de dejar en clave ciudadana este asunto *en manos de la Constitución* (expresamente) o del legislador, cuestión que importa a fines de la comprensión teórica de nuestra tesis. Por consiguiente, no estamos de acuerdo con Aparicio, para quien “las prestaciones estatales que constituyen el fundamento de la categoría del Estado social son algo tan independiente de la Constitución como es la propia capacidad económica no sólo del Estado sino también de la sociedad¹⁵⁸". Parte de este asunto, es cuestionado también en otro lado, cuando por ejemplo, Gomes Canotilho plantea: “¿cuáles serán las garantías efectivamente concedidas a los ciudadanos en cuanto a la realización de los nuevos derechos: habrá prestaciones estatales a la medida de los derechos fundamentales o simplemente derechos dependientes a la medida de las prestaciones del Estado?¹⁵⁹". En lo absoluto estamos de acuerdo de desvincular los derechos sociales del texto constitucional; y menos seguir justificando a los órganos del poder público sobre si los “conceden” o no; cuestión que debería tenerse de suyo. Los derechos fundamentales que se asumen acá son verdaderos derechos subjetivos.

¹⁵⁶ Bastida, Francisco J. *Ob. Cit.*, p.1087.

¹⁵⁷ Bastida, Francisco J., *Ob. Cit.*, p.1101.

¹⁵⁸ Aparicio, Miguel. *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ed. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1980, p.87.

¹⁵⁹ Gomes Canotilho, José Joaquim. *Teoría de la Constitución*, Instituto Bartolomé de Las Casas, Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”, nro.31, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.71.

Sin embargo, Arango es persistente en que no hay claridad “sobre el uso de los conceptos derecho subjetivo y de derechos fundamentales¹⁶⁰”. De esta manera, si los derechos sociales fundamentales son considerados verdaderos derechos subjetivos (mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir “algo¹⁶¹”); existe una relación lineal entre éstos y las prestaciones a cargo del Estado; que han de tenerse con Cossio como derechos de prestación desde los derechos fundamentales y no desde cualquier contenido constitucional cercano a los derechos fundamentales¹⁶². Este tipo de derechos fundamentales, “son vinculantes directamente y se ejercen, por ser derechos constitucionales, independientemente de la existencia de su reglamentación legislativa¹⁶³”. Precisamente es la fundamentabilidad de ese tipo de derechos, lo que pondrá de relieve la faceta prestacional del Estado social¹⁶⁴. Muy a pesar que “los derechos sociales como derechos fundamentales, son derechos que como presupuesto del estado y la democracia, deben estar plenamente garantizados para todos y substraídos a la disponibilidad de dichas ideologías o fenómenos, formando parte de la esfera de lo no decidible por los poderes¹⁶⁵”; lo cierto es, que al contrario, quedan en buena medida en su configuración a merced de criterios políticos; *sobre todo desde la determinación de los límites internos de este tipo de derechos*, donde se han ido creando una serie de “garantías” que se conjugan para intentar colocar verdaderos límites (como el contenido esencial, el derecho al mínimo vital; la reserva de ley; la

¹⁶⁰ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.6.

¹⁶¹ M. Maurer citado por Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.9.

¹⁶² Cossio Díaz, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p.178.

¹⁶³ Ayala Corao, Carlos. *Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales*, en: Reforma & constitución. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.278.

¹⁶⁴ Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, nro.65, Madrid, 1997, p.89.

¹⁶⁵ Azpiazu Castro, Humberto. *Los fundamentos de los derechos sociales como derechos fundamentales*, en: Constitucionalismo de los derechos (Obra colectiva), B. Barrios González y L. Barrios Chávez (Dirs.), Asociación Panameña de Derecho procesal Constitucional, Ed. Barrios & Barrios, Ciudad de Panamá, 2014, p.46.

no regresividad de los derechos, etc.). Parte de estos problemas se analizan en esta tesis.

2. APROXIMACIONES HISTÓRICAS DEL ESTADO SOCIAL: LA CONVERGENCIA DE VARIOS ELEMENTOS Y FACTORES.

Como toda versión de los hechos históricos resulta siempre problemática¹⁶⁶; el Estado social no es la excepción al momento de identificar los hechos que determinan su “nacimiento” y evolución. Siendo el Estado social una noción “tan compleja como rica en contenidos¹⁶⁷”; es evidente que origina distintas posiciones y enfoques¹⁶⁸. Justamente en el tema de sus orígenes intervienen una peculiar combinación de circunstancias, dice Coratelo –citado por Martínez de Pisón¹⁶⁹-. Por tanto la dificultad de precisar alguna *fecha de nacimiento* -si cabe la expresión- *que no tiene una causa única*¹⁷⁰. Puede afirmarse así, que el Estado social “es producto de una síntesis, consecuencia de una evolución¹⁷¹”; en donde se van a conjugar varios elementos que son *causa y efecto* a la vez; aunque para algunos autores la perspectiva histórica del Estado social no puede percibirse (solo) de una sucesión de actos y acontecimientos¹⁷².

¹⁶⁶ Stiglitz, Joseph. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Ed. Taurus, 2012, p.215.

¹⁶⁷ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica*. Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.13.

¹⁶⁸ Bermúdez Bueno, William y Morales Manzur, Juan C. *Estado social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991*, en: Cuestiones Jurídicas, vol.28, nro.48, ene-jun., Maracaibo, Venezuela, 2012, p.58.

¹⁶⁹ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p. 32.

¹⁷⁰ Rubio Lara, María J. *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Colección tesis doctorales, Nro.32, Madrid, 1991, p.336.

¹⁷¹ Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nro.XLVI, Caracas, 1990, pp.11 y ss.

¹⁷² López Isaza, María. *El Estado social de derecho como fundamento para conceder o negar la prestación de los derechos sociales en Colombia*. En: *Análisis de la doctrina de la Corte Constitucional (1992-2002)*, Revista Holística Jurídica, Nro.3, Universidad de San Buenaventura, Colombia, 2005, pp.41 y ss. Disponible:

Siendo varios los factores, se tiene que luego de la Segunda Guerra mundial el restablecimiento democrático influyó decisivamente a difundir la fórmula del Estado social de derecho¹⁷³. De esa manera, parece acertada la visión de Martínez de Pisón:

“Si bien es cierto que el Estado construido después de la Segunda Guerra Mundial es ya un modelo original y distinto, en honor a la verdad hay que reconocer, como así hacen los politólogos, las bases y fundamentos del Estado social son anteriores e, incluso, se remontan a la primera mitad del XIX, es decir, en plena eclosión del Estado liberal, pues, a fin de cuentas, entre uno y otro existe esa línea de continuidad antes señalada¹⁷⁴”.

Lo expuesto hace que sea casual que Rosanvallon –citado por este último autor más adelante-, sostenga asimismo que el Estado social tiene su origen último en la formulación del Estado moderno que empieza a realizarse en los siglos XVII y XVIII¹⁷⁵.

En cualquier caso, encontrar los “orígenes” del término «**Estado social**» hace que entremos en un terreno pantanoso –parafraseando a Ojeda Marín-; si se tiene en cuenta que con relación al término, está la posición de Basile que encuentra asidero en la doctrina cristiana de finales siglo; frente a Rosanvallon que le asocia con las reformas utilizadas por Bismarck en los años siguientes a 1880¹⁷⁶. En fin, ahora se analizan algunos de estos datos históricos siempre incompletos en la determinación del nacimiento de aquel. En cambio, es más fácil establecer la autoría de la expresión «**Estado social de Derecho**»; como afirman la mayoría de los entendidos, cuando Bismarck acuñó el término en 1930 (basado en las

http://web.usbmed.edu.co/usbmed/publicaciones/revista_holistica_juridica/ediciones/Revista_Holistica_No3.pdf (septiembre, 2014).

¹⁷³ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.229.

¹⁷⁴ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p. 32.

¹⁷⁵ Martínez de Pisón, *Ob. Cit.*, p.41.

¹⁷⁶ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica*. Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.22.

aportaciones doctrinarias previas de autores como Von Mohl, Von Stein y Lasalle¹⁷⁷). Estas líneas solo presentan algunas ideas centrales acerca de los hechos históricos más resaltantes, quedando ajeno algún desarrollo sobre este complejo proceso histórico¹⁷⁸.

2.1. La Revolución francesa y la Declaración de los derechos del Hombre.

Las implicaciones que frente a la concepción propiamente del Estado se consiguen desde la revolución francesa (1789), coadyuvarán en la consolidación de una serie de valores de corte individual que inspiraron –primeramente- en el *Estado liberal de Derecho* (alguna de las cuales después se van a “trasladar” al Estado social más evolucionado). Pese a tenerse aquella como una revolución burguesa; que por antonomasia se explica desde la reafirmación de una serie de valores y elementos acorde con los intereses y exigencias de esa clase; se consigue con Pisarello, que “a medida que el proceso revolucionario se fue profundizando en un sentido igualitario, la extensión de los derechos sociales y de participación pasó a ocupar un lugar central entre las reivindicaciones populares¹⁷⁹”. Efectivamente, que fue así con aquella Constitución de 1791 –todavía monárquica-, donde se incluyeron ciertas referencias al *derecho de instrucción* y a la asistencia de los pobres, pero sin abandonar el discurso de la caridad pública de la época¹⁸⁰. Si bien la lista de derechos del Hombre reconocidos en 1789 y 1793 que correspondían a la época, era incompleta para el siglo XX¹⁸¹; mucho después servirán para explicar las posteriores denominaciones de derechos y sus contenidos.

¹⁷⁷ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social...*, p.22.

¹⁷⁸ En esta materia, *Vid.*, Porras Nadales, Antonio. *Estado social y estado autonómico*, en Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan J. Ruiz-Rico, vol. II, Tecnos, Madrid, 1997.

¹⁷⁹ Gerardo Pisarello. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p.26.

¹⁸⁰ Gerardo Pisarello. *Los derechos sociales y sus garantías...*, p.26.

¹⁸¹ *Cfr.*, Izquierdo A., Guillermo. *La Racionalización de la democracia*. Un estudio de las nuevas tendencias constitucionales, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1934, p.33.

Así pues, se puede decir que al menos indirectamente, o mejor en forma refleja, se evidencian las influencias que se desprenden del advenimiento posterior de la Revolución Francesa, sobre todo –como leímos de Pisarello- en el reconocimiento de incipientes estructuras “sociales”.

2.2. La Constitución mejicana –Querétaro- de 1917 y su comparación con otros textos que le suceden.

En orden temporal, es la primera concreción constitucional que regula los «derechos sociales¹⁸²». Esa constitución del siglo pasado –explica Izquierdo- será seguida por otros primeros intentos de recopilar el tema social, como la Constitución de Weimar (1919), de Yugoslavia (1921), de la ciudad libre de Dantzig (1922), de Checoslovaquia (1920), de Estonia (1920), de Lituania (1928), de España (1931), de Rumania (1923), del Vaticano (1917), de Leguía en Perú (1919) y la Nacional de ese mismo país (1933)¹⁸³. En esta lista, no puede dejar de mencionarse la Constitución portuguesa -aunque el propio autor, la apunta es después-, reconociéndole “de una factura totalmente nueva y digna de estudio¹⁸⁴”.

La Constitución mejicana resultó el primer intento en conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo¹⁸⁵. Aunque es “bastante extensa y en muchos puntos más completa que las europeas¹⁸⁶”, su puesta en práctica fue menor. La *revolución* que dio nacimiento a esa Constitución tuvo una génesis eminentemente de carácter político (acabar con la dictadura de Porfirio Díaz), en virtud de las graves *injusticias sociales*, sobre todo en el reparto de la tierra agrícola.

¹⁸² Martínez Estay, José Ignacio. *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos sociales*, Cedecs Derecho procesal, Cedecs Editorial, S.L., Centro de estudios de Derecho, Economía y Ciencias sociales, Barcelona, 1997, p.31.

¹⁸³ Izquierdo A., Guillermo. *La Racionalización de la democracia...*, p.35.

¹⁸⁴ Izquierdo A., Guillermo. *La Racionalización de la democracia...*, p.41.

¹⁸⁵ Aparece citado en Martínez Estay, José. *Jurisprudencia Constitucional...*, p.31.

¹⁸⁶ Izquierdo A., Guillermo. *La Racionalización de la democracia...*, p. 45.

Para identificar algunas de sus contribuciones en el campo social, especialmente en el tema que nos ocupa, su artículo 3 **estableció la gratuidad de la enseñanza primaria en los establecimientos oficiales**. Adicionalmente, el artículo 27 proclamó la nacionalización de la tierra como la obligación de distribuirla entre los campesinos; los artículos 5 y 123 en su conjunto establecieron una serie de principios especialmente en el ámbito laboral; el artículo 5 previó que todo trabajo debía ser retribuido con una retribución justa; y en el artículo 123 se regularon: la garantía al salario mínimo, a una jornada no mayor de ocho horas, el descanso semanal, participación en la utilidad de las empresas, así como el derecho a huelga¹⁸⁷.

Dada las características y tipos de derechos regulados, estaba construida para defender los derechos de los grupos marginados (Dávalos Martínez¹⁸⁸) o grupos sociales más débiles (Carpizo¹⁸⁹). Es clave el comentario que trae este último: “La idea es asegurar esos *mínimos jurídicos* para que, basados en ellos, estos grupos sociales logren nuevas y abundantes conquistas. La esencia de los derechos sociales –decía Carpizo– *son las necesidades apremiantes* de estos grandes núcleos de la sociedad¹⁹⁰”. (Resaltado nuestro). Así las cosas, como enseña de Cueva, constituye “el primer brote universal a favor de la justicia social¹⁹¹”, circunstancia que lleva a Sayég Helú –quien lo cita– a afirmar, que “nació un nuevo concepto de derecho constitucional que ha venido a informar la estructura no solamente de los Estados modernos de más o menos reciente creación, sino, aun, el régimen constitucional de añejas nacionalidades euroasiáticas¹⁹²”. Por todas estas

¹⁸⁷ *Ob. Cit.*, p.31.

¹⁸⁸ *Ob. Cit.*, p.31.

¹⁸⁹ Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*, Universidad Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, Dirección General de Publicaciones, México, 1973, p.195

¹⁹⁰ Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana...*, p.195

¹⁹¹ *Citado por* Sayeg Helú, Jorge. *El Constitucionalismo social Mexicano*, UNAM, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, tomo 1, México, D.F., 1987, p.389.

¹⁹² Sayeg Helú, Jorge. *El Constitucionalismo social Mexicano...*, p.388.

referencias históricas, en palabras de Barbagelata, la del país azteca tiene el honor de haber marcado rumbos en esta materia¹⁹³.

2.3. La Constitución de Weimar de 1919.

Para la mayoría de los autores consultados, la época de Weimar (por encima de Querétaro) representa mayor importancia en términos de constitucionalismo social en orden a su influencia. Porque a pesar de algunas críticas puntuales—como Baldasarre— acerca del consenso casi unánime de los juristas de Weimar con relación a su negativa de aceptar los derechos sociales en el mismo plano que los derechos individuales¹⁹⁴; es notable su influencia como pensamiento jurídico propio¹⁹⁵; al punto que para Häberle que la doctrina y jurisprudencia que es desarrollada en Alemania después de 1945, sea justamente el reflejo de dicho pensamiento¹⁹⁶.

Debe entenderse también, que antes de la proclamación de esta Carta fundamental, eran evidentes los avances que en el tema social ya existían con el Conde de Bismarck en 1881; cuyo trabajo político en materia de reforma social estuvo bastante influenciado por las enseñanzas de Lasalle (Montenegro¹⁹⁷; Martínez de Pisón¹⁹⁸). Como el contexto histórico resulta capital para entender este proceso previo a su aprobación como carta fundamental; debemos remontarnos a

¹⁹³ Barbagelata, Aníbal Luis. *Derechos fundamentales*, fundación de cultura universitaria, 2ª ed., Montevideo, Uruguay, 2000, p.121.

¹⁹⁴ Baldasarre, Antonio. *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, No 20, Colombia, 2001, pp.35-36.

¹⁹⁵ Vita, Leticia. *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires, serie tesis, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2014.

¹⁹⁶ Häberle, Peter. *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*, en Pensamiento Constitucional, PUC del Perú, 1994, p.46.

¹⁹⁷ Montenegro, Walter. *Introducción a las doctrinas político económicas*. Breviarios, Fondo de cultura económica, 1ª ed., México, 1956, p.216.

¹⁹⁸ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.36.

la Primera Guerra Mundial, cuyo resultado –para Martínez Estay- “fue un duro golpe para el gobierno autoritario de Federico II, y el momento adecuado para que la oposición propiciara el fin del régimen, lo que aconteció en 1918¹⁹⁹”. Desde allí, se potencia el nuevo papel del Estado facultándolo a intervenir en la economía, situación que se cristaliza con la aprobación de la Constitución de Weimar²⁰⁰. A pesar de que para dicho autor esta Constitución fue un fracaso, en el sentido que sus disposiciones no sirvieron para impedir el advenimiento del totalitarismo²⁰¹, lo que interesa es *su aporte a los cimientos del Estado social* que vendrá después, de allí que la valoración que aquí se hace es positiva.

En este plano, se viene reconocer con Silva Henao que “la Constitución de Weimar de 1919, que establece el Estado Federal Alemán, la cual no obstante no contener la calificación de ‘Estado Social’, es la primera en incluir los derechos sociales, al consagrar un Estado de Bienestar que abre la puerta al llamado ‘constitucionalismo social’ caracterizado por la inclusión de los derechos de segunda generación o sociales²⁰²”. Como se sabe, bajo la interpretación consagrada por Carl Schmitt²⁰³; la Constitución de Weimar fue programática²⁰⁴ (confiando en

¹⁹⁹ Martínez Estay, José I. *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos sociales*, Cedecs Derecho procesal, Cedecs Editorial, S.L., Centro de estudios de Derecho, Economía y Ciencias sociales, Barcelona, 1997, p.32.

²⁰⁰ *Ob. Cit.* p.33.

²⁰¹ *Ob. Cit.* p.35.

²⁰² Silva Henao, Juan F. *Evolución y origen del concepto de “estado social” incorporado en la constitución política colombiana de 1991*, Revista Ratio Juris Vol. 7 N° 14, Unaula, Colombia, 2012, pp.148-149. Disponible:

http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/EVOLUCI%C3%93N%20Y%20ORIGEN%20DEL%20CONCEPTO%20DE_4.pdf (diciembre 2015).

²⁰³ Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.231.

²⁰⁴ Tajadura Tejada, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI*, en: *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003, p.433.

la labor del poder legislativo principalmente en la consecución de sus nobles fines); con lo cual, se “vacío de contenido la pretendido dimensión «social²⁰⁵»”.

Entre las regulaciones más importantes de dicha Constitución sobre los derechos sociales, se tiene que en su parte II, bajo el título «Derechos y Deberes Fundamentales de los alemanes», contiene no solo un catálogo habitual de las libertades individuales, sino una *serie de nuevos principios que acusan la tendencia que nos ocupa*. Toda la sección 2ª de esta II parte y que se denomina «Vida Social», está dedicada a consagrarlos en extenso. La familia y el matrimonio son su primera preocupación; el segundo es la base y conservación de la Nación, y como consecuencia, establece la obligación del Estado de sostener la virtud y la salud de la familia, por ello, la familia guarda una importancia especial de esa nación, así como la igualdad de ambos sexos (Art. 119)²⁰⁶. Se regula especialmente la **educación**, declarando el desarrollo físico, intelectual y social del niño como primer deber y derecho “natural” de sus padres; y por su lado, la colectividad vela porque aquellos la adquieran (Art.120); asimismo, establece la igualdad en la legislación de los llamados niños legítimos como los naturales (Art.121) y declara protección especial a la infancia (Art.122)²⁰⁷. Asimismo, resalta la Sección 4ª de esta II Parte, que bajo el título «Instrucción y establecimientos de enseñanza», se ocupa *preferentemente* de la escuela, desde donde desarrolla todos los principios fundamentales acerca de *la educación del pueblo* (Arts. 142 al 150)²⁰⁸.

Respecto a los derechos de contenido económico, no obstante de estar regulados bajo el título «La Vida Económica», específicamente en la Sección 5ª, se toma en cuenta al hombre dentro de estas actividades, cuando su artículo 151 establece que: “(...) la vida económica debe estar organizada conforme a los principios de justicia, en vista de garantizar a todos una **existencia digna** del

²⁰⁵ Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos...*, p.231.

²⁰⁶ Izquierdo A., Guillermo. *La Racionalización de la democracia. Un estudio de las nuevas tendencias constitucionales*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1934, p. 36.

²⁰⁷ *Ob. Cit.*, p. 36.

²⁰⁸ *Ob. Cit.*, p.36.

hombre²⁰⁹” (Subrayado nuestro). Al leer esta regulación, se colige así la importancia que se concede a valores tales como «principios de justicia» y «dignidad del hombre», sobre los cuales girará en buena medida el debate en la construcción de las formas de Estado como se le conocerán después. Aparece igualmente el concepto de propiedad como función social (Art. 152); el control del Estado en la repartición del suelo (Art.155); el trabajo y el derecho obrero está protegido en forma uniforme (Art.157); la protección al trabajo intelectual (Art.158); el reconocimiento al derecho de coalición para la defensa y mejoramiento de las condiciones de trabajo (Art.159); el seguro para la conservación de la salud y capacidad del trabajo; la protección a la maternidad y la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, invalidez y de accidentes (Art.161)²¹⁰.

2.4. Aportes de los (distintos) credos religiosos más influyentes.

No todos los autores que estudian los orígenes del Estado social y/o Estado de bienestar respectivamente, profundizan acerca de las eventuales relaciones que a modo de contribución se consiguen de algunos credos religiosos. Obviamente que tampoco es sencillo atribuir el peso específico de algunas religiones según determinadas influencias en las concreciones del *Estado de bienestar* primero, hasta el *Estado social* después; por ende, atenderemos únicamente algunos de los rasgos más relevantes.

En este punto tan concreto, hay unos trabajos que se inclinan por asumir mayores aportaciones de la Iglesia Católica respecto del *Estado social* y de la Iglesia Protestante respecto del *Estado de Bienestar*; quizá por el grado de su influencia en los países. Siguiendo esta premisa, Rubio Lara en su tesis doctoral “*La formación del Estado Social*”, acoge las relaciones entre Iglesia y Estado en el

²⁰⁹ *Ob. Cit.* p. 36.

²¹⁰ *Ob. Cit.* p. 37.

desarrollo de los *Welfare States*, explicando que “mientras en los países protestantes se desarrolló antes la noción de responsabilidad del Estado en el bienestar público, en los países católicos la tradición de la caridad subsistió y el Estado siguió desempeñando un papel secundario²¹¹”.

En el mismo orden de estas ideas, un destacado investigador venezolano como Combellas, dice que hay que tenerse en cuenta que algunos modernos pensadores de esa fe (como Lammenais, Lacordaire, Ozanam, Montalembert y Buchez) se “adelantaron” entre 1830-1850 a propugnar una serie de ideas sobre el papel del Estado en la sociedad; así como sobre las relaciones del Estado con la Iglesia. Asimismo, destaca la presencia activa de ciertos actores de la jerarquía católica en papeles fundamentales en el campo social, refiriéndose concretamente a Ketteler en Alemania, Mermillod en Francia, Manning en Inglaterra y Gibbons en Estados Unidos de Norteamérica; que en su conjunto, vienen a constituir, un rico acervo predecesor de lo que llegaría en 1891 con el papel de la Encíclica *Rerum novarum* del Papa León XIII, “la cual inicia un período de reflexión sobre la cuestión social, la Doctrina Social de la Iglesia, que no ha dejado de desarrollarse hasta la actualidad²¹²”.

Por su parte, cuando Ritter atiende estos temas a propósito de su trabajo sobre el origen del Estado social desde una comparación internacional, sostiene que en “la acuñación positiva del concepto de Estado de bienestar tuvo un papel decisivo uno de los representantes más significativos del socialismo cristiano en Inglaterra, William Temple, arzobispo de York (1929-42) y arzobispo de Cantterbury y Primado de la Iglesia anglicana (1942-44)²¹³”. Dice además que este concepto (de bienestar) lo popularizó el referido religioso en su libro “*Citizen and*

²¹¹ Rubio Lara, María Josefa. *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Colección tesis doctorales, Nro.32, Madrid, 1991, p.336.

²¹² Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nro.XLVI, Caracas, 1990, pp.45-46.

²¹³ Ritter, Gerhard A. *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y seguridad social, Centro de Publicaciones, Colección Ediciones de la revista de Trabajo, núm.31, Madrid, 1991, pp.54-55.

Churchman” (1941); en el cual se elaboró un estudio que atiende las contraposiciones de Estado-poder de Hitler y Stalin²¹⁴.

Según el enfoque de cada uno de estos trabajos, existiría alguna relación por la forma de influencia de la Iglesia católica en la construcción del Estado social; de la Iglesia anglicana en cuanto al Estado de bienestar. De ser ciertas tales ideas como sostienen, se entiende mejor la influencia que tuvo la Iglesia católica en la “penetración” dentro de los respectivos sistemas educativos de España y de Venezuela; sucesivamente; hasta que perdió su área de influencia al recibirse ambos países como Estados laicos (no sin las tensiones históricas), en la admisión de pluralidad de ideas y creencias; en la pérdida de su área de influencia en ese sentido y en la advenimiento de un sistema educativo plural; pero sobre todo, de corte oficial y laico.

2.5. Aportaciones de las «ideologías políticas».

Este constituye uno de los aspectos más conflictivos en el debate, cuando se intenta establecer algún peso específico (en orden a su área de influencia), de cada una de las corrientes e ideologías políticas en la construcción del Estado social; ya mismo desde sus orígenes hasta la forma en que se concreta hoy día. En ese tema, si por momentos puede asomarse la tesis inicial de que las mayores aportaciones vendrían de las ideas “progresistas” partiendo de las formaciones de izquierdas (traduciendo las demandas de trabajadores, mujeres y demás excluidos “iniciales” del sistema liberal de derecho²¹⁵); sin embargo, podría ser una afirmación incompleta al conseguir igualmente (así sea por interés “político” o estrategia de gobernanza), otras contribuciones en materia de derechos sociales desde las

²¹⁴ *Ob. Cit.*, p.21.

²¹⁵ Martínez de Pisón refiere que “(...) conviene no olvidar que los derechos sociales deben ser interpretados como una conquista de las clases menos favorecidas en las luchas que han tenido lugar desde el siglo XIX.” Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.104.

ideologías conservadores y liberales. Dada la complejidad en este punto, autores como Garrorena encuentran que es difícil su identificación ideológica²¹⁶.

Aunque se piense que respecto a las Constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1919); podrían deducirse de entrada, que la primera podría asociarse más a la “izquierda” y la segunda más a la “derecha” del espectro del pensamiento político, algunos autores como Izquierdo alegan que las cosas no pueden verse de ese modo, pues sería una errónea afirmación²¹⁷. Dicho autor, contraría la idea de que solo se consiga la influencia socialista respecto a los derechos sociales en tales textos constitucionales²¹⁸. Cita en su favor a Mirkine-Guetzévitch, para quien: “La aparición de los nuevos elementos sociales no es solamente el resultado de la participación de los socialistas; los derechos sociales aparecen también en las Constituciones que han sido redactadas con una participación débil o sin el concurso de los socialistas²¹⁹”.

Para explicar el área de influencia, observa que con la Constitución de Weimar, se implantaron importantes políticas sociales aún en ausencia de democracia²²⁰; aunque también hay sendas críticas respecto a las (verdaderas) “motivaciones” que dedujeron tales prácticas sociales (Rosanvallon²²¹, Baldwin²²², Rubio Lara²²³, Ramos Oliveira²²⁴; Josep Picó²²⁵ y Ashford²²⁶); destacando del

²¹⁶ Citado en Torres de Moral, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*, tomo I, 2a edición, Átomo Ediciones, Madrid, 1988, p.286.

²¹⁷ Izquierdo A., Guillermo. *La Racionalización de la democracia. Un estudio de las nuevas tendencias constitucionales*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1934, p.50.

²¹⁸ *Ob. Cit.*, p.50.

²¹⁹ Referida por Izquierdo, Guillermo, *Ob. Cit.*, p.50.

²²⁰ Ashford, Douglas E. *La aparición de los Estados del Bienestar*, Colección Historia Social, Nro.14, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, p.23.

²²¹ Rosanvallon, Pierre. *La crisis del Estado de providencia*, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Colección Economía, Estudios y Monografías, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1995, p.145.

²²² Baldwin, Peter. *La Política de Solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección ediciones de la Revista de Trabajo, Nro.39, 1992, Madrid, p.181.

²²³ Rubio Lara, María J. *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Colección tesis doctorales, Nro.32, Madrid, 1991, p.335.

último su queja puntual sobre la actuación del Conde Bismarck (sobre la reforma social), la cual supuestamente sería utilizada por el mismo como estrategia “para retrasar el desarrollo democrático y para establecer un control sobre las fuerzas democráticas presentes en la sociedad alemana²²⁷”. Se esté de acuerdo o no con tal justificación, también se consigue en otra Constitución monárquica del antiguo reino Servio-Croata-Esloveno “que establece más plenamente el carácter social de las libertades individuales y que llega a limitar los derechos de la propiedad agraria²²⁸”; a la que se sumaría otra Constitución monárquica, como la de Rumania, en la que se define una larga lista de derechos sociales²²⁹.

En fin, si bien no puede tenerse dudas de la influencia de los movimientos de trabajadores y demás movimientos progresistas en la ejecución de las premisas que darán lugar a los estados sociales; igualmente es cierta la contribución en este tema de las ideologías liberales y conservadores en orden a determinadas circunstancias del momento. Por estas razones, convenimos con Silva Henao en su afirmación:

“Puede definirse, también, el Estado Social como un punto medio entre los sistemas totalmente liberales o de “derecha” y los sociales o de “izquierda”, que pese a ser totalmente contrarios, pueden encontrar un punto de equilibrio al reconocerse valores fundamentales de uno y de otro, tales como el individualismo y la propiedad privada del modelo liberal, acompañados con las garantías sociales, tales como la función social de la propiedad, la

²²⁴ Ramos Oliveira, Antonio. *Historia social y política de Alemania*, F.C.E., Vol.I, México, 1952, pp.249 y ss.

²²⁵ Picó, Josep. *Modelos sobre el estado de bienestar. De la ideología a la práctica*, en: Pros y contras del Estado de Bienestar (Obra Colectiva), R. Casilda Béjar y J. M. Tortosa (Eds.), Ed. Tecnos, Colección Ciencias Sociales, Serie de Sociología, Madrid, 1996, p.39.

²²⁶ Ashford, Douglas E. *La aparición de los Estados del Bienestar...*, p.23.

²²⁷ *Ob. Cit.*, p.23.

²²⁸ Izquierdo, Guillermo. *La Racionalización de la democracia...*, p.51.

²²⁹ Izquierdo, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 51.

regulación estatal de la economía, los sistemas de seguridad y asistencia social²³⁰”.

Ora, el punto está en que no se trata de buscar mayores protagonismos ideológicos (aunque pensamos que se consigue la mayor contribución del sector progresista); por tanto, parece acertado el origen híbrido del Estado social en la forma que expresa Pérez Luño, como “fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares que ha gravitado sobre su evolución posterior²³¹”; confirmándose entonces con Baldasarre, que la formación del Estado social y el reconocimiento de los derechos sociales, “lejos de tener un sello ideológico particular, representaron las respuestas que en términos de modernización que, en una medida más o menos comprensiva, todos los viejos estados liberales proporcionaron frente a dos fenómenos fundamentales de la época contemporánea: la industrialización, con sus diferentes implicaciones económicas, sociales y políticas, por una parte, y la democratización de los procesos de decisión por otra²³²”.

2.6. A modo de conclusiones preliminares.

Los primeros derechos reconocidos con la revolución francesa serán notables en el desempeño del contenido de derechos en general; incluyendo los sociales. Con distintas motivaciones tuvieron lugar las cartas de Querétaro (1917) y Weimar (1919) entre los textos constitucionales en donde se plasmaron las primeras iniciativas “sociales”. Para los entendidos, el verdadero propósito de la

²³⁰ Silva Henao, Juan F. *Evolución y origen del concepto de “estado social” incorporado en la constitución política colombiana de 1991*, Revista Ratio Juris Vol. 7 N° 14, Unaula, Colombia, 2012, p.152. Disponible:

http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/EVOLUCI%C3%93N%20Y%20ORIGEN%20DEL%20CONCEPTO%20DE_4.pdf (diciembre 2015).

²³¹ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.230.

²³² Baldasarre, Antonio. *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, Nro. 20, Colombia, 2001, p.26

constitucionalización de los derechos sociales era, en el primer caso, dar paso a revoluciones, en el segundo, evitarlas²³³. Estas cartas políticas se implican en un interesante catálogo de derechos sociales y económicos, de lo que será llamado el *constitucionalismo social*²³⁴. Si bien ambas son testimonio de contextos diferentes (Querétaro 1917, en suelo americano de carácter revolucionaria; Weimar 1919, en suelo europeo, de corte monárquico); resultan en su conjunto de una sorprendente homologación entre sí; principalmente en sus contenidos *en favor de los trabajadores y desposeídos*. Demuestra que diversas ideologías concursaron en la ejecución de las premisas que se dan en el Estado social en abstracto.

Asimismo, que aparentemente también diversos credos religiosos pudieron haber influido en construcciones estatales parecidas. Sobre todo puede entenderse el predominio de la Iglesia católica frente a algunos Estados sociales (y de allí su predominio en el sistema educativo) y de la Iglesia protestante ante los Estados de bienestar. En suma, todos estos datos revelan positivamente su contribución de eso que Bidart Campos y Carnota llaman “plus del constitucionalismo social” en la ingeniería de las democracias europeas y americanas²³⁵.

3. EL ESTADO SOCIAL Y SUS FÓRMULAS HOMOLOGABLES.

En cierta literatura se asocia en forma homologada en el ideario político y constitucional, al *Estado social* en conjunto con otras formas “anteriores”; como el *Estado de Bienestar* y el *Estado de Providencia*; pero en este trabajo subrayamos sus diferencias. Bajo esa perspectiva, se tiene inicialmente al *Estado de providencia* entre las primeras aproximaciones “políticas” que encaran cambios sociales según ocupó este tema en Francia; antes que el *Estado de bienestar* que es

²³³ Casale Valvano, Pedro. *Constitucionalización del derecho laboral y la tutela judicial efectiva*, en: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Edición homenaje a Fernando Parra Aranguren, nro.5, Caracas, 2015, p.112.

²³⁴ Burgos, Benjamín. *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Ed. Virtudes, Buenos Aires, 2005, p.42.

²³⁵ Bidart Campos, German y Carnota, Walter. *Derecho constitucional comparado*, Ediar, tomo I, Buenos Aires, 1998, pp.148 y ss.

posible identificarse primeramente en ciertas prácticas de gobiernos no democráticos, principalmente en Weimar primero y en el Reino Unido después; hasta concretarse el *Estado social* en la forma democrática y “constitucional” como se le conoce después en diversos países, incluyendo a España y Venezuela.

Entre las cosas que podemos adelantar, está que el *Estado de providencia* jamás estuvo en forma expresa en las constituciones francesas de la época; y obviamente mucho menos el *Estado de bienestar* en el Reino Unido por su propia condición de país del *common law*; así como tampoco estuvo esto planteado en el resto de países nórdicos que así lo han desarrollado. Pero en el caso del *Estado social*, a pesar de que tampoco tenga una carta de nacimiento (con fecha cierta), es de raigambre “constitucional”. Debe adelantarse acá también que no obstante, en referencia al Estado social; aunque dicha cláusula es recibida por varios textos constitucionales diversos (europeos y latinoamericanos), “su positivización no ha sido en absoluta idéntica²³⁶”.

3.1. Del Estado social frente al Estado providencia.

Por ser Rosanvallon uno de los autores más autorizados en este tópico, nos atenemos a su estudio, según el cual la expresión *Estado de Providencia* aparece en la Francia del Segundo Imperio y que fue propuesta por los pensadores “liberales” más hostiles frente al aumento de las atribuciones del Estado; pero al mismo tiempo críticos también frente a un individualismo demasiado radical²³⁷. En ese contexto, fue el economista Émile Laurent (En: *Le pauperisme et les Associations de prévoyance*, 2 Vol., Cf. t.1, Paris, 1865, pp.65-66), quien comenzó “hablando de un Estado erigido en una especie de providencia²³⁸”; de allí donde adquiere su nombre. En cualquier caso, se deja constancia (y acá vale el dato histórico

²³⁶ González Moreno, Beatriz. *El estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p.29.

²³⁷ Rosanvallon, Pierre. *La crisis del Estado de providencia*, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Colección Economía, Estudios y Monografías, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1995, p.137.

²³⁸ *Ob. Cit.*, p.137.

diferencial), que en comparación del término *Estado de Providencia* con la expresión inglesa *welfare state* (Estado de bienestar), esta última es más reciente²³⁹.

En ese tema, debe observarse la manera en que Francia ha desarrollado el llamado *État-providence* basado únicamente en el Preámbulo de su Constitución de 1958 (en donde aparecen reseñados los derechos sociales); el cual a su vez remite la adhesión del pueblo francés a los derechos consagrados en la Declaración de 1789 y a los del preámbulo de la Constitución de 1946. Adicionalmente, que el propio Consejo Constitucional francés ha entendido que aquellos instrumentos tienen *rango constitucional*²⁴⁰. Si bien es cierto que la expresión Estado de providencia –como tampoco Estado social– aparece en forma expresa en aquel texto político, nadie puede dudar ahora del carácter social de su estructura estatal. Algunos autores –como Cea Egaña– conceden homologación al Estado social como un Estado providente²⁴¹.

3.2. El Estado social frente al Estado de bienestar (Welfare State).

Suele afirmarse que Gran Bretaña ha mantenido un importante sistema de asistencia “social” desde comienzos del siglo XVII, en donde surgen las primeras leyes de los pobres (“*poor laws*”); que a su vez, a comienzos del siglo XX elaboró un sistema de seguros de enfermedad y de paro. Asimismo, que a partir de la década de los 40’ impulsó un sistema de seguridad social (que sigue a nuestros días) basado en el Informe Beveridge (llamado así por recibir el nombre del secretario de

²³⁹ *Ob. Cit.*, p.137.

²⁴⁰ Martínez Esteruelas, Cruz. *La agonía del Estado. ¿Un nuevo orden mundial?*, Estudios políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p.62.

²⁴¹ Cea Egaña, José L. *Luz y sombra en la evolución hacia el Estado social en Chile*, En: El control del poder, tomo II, Biblioteca peruana de Derecho Constitucional, P. Häberle y D. García Belaúnde (Coords.), nro.38, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Fondo Ed. de la Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2012, p.1433.

los esposos Beatrice y Sidney Webb fundadores del movimiento fabiano²⁴²). Esos ensayos Fabianos enmarcan los derechos en una línea reformista mediante un protagonismo de Estado en el que cada vez más participan las clases populares hasta entonces marginados²⁴³. La adopción de aquel sistema interventor del Estado en suelo inglés es lo que derivó en el uso de la expresión *Welfare State*²⁴⁴; aunque otros le atribuyen alguna base de la práctica norteamericana de los años 30²⁴⁵.

Superado el punto sobre a quién se atribuye la carta de nacimiento, en virtud de ese nivel de asistencia estatal, puede justificarse aquella frase que se atribuye a Lloyd George: “de la cuna a la tumba²⁴⁶”, haciendo alusión de la protección estatal de principio a fin. Es lo que se conoce como «Estado de bienestar», el cual se predica de una serie de acciones políticas en el campo social y en un desarrollo sostenido de una solidaridad practicada en forma organizada por la sociedad civil. En cambio, el «Estado social» responde a otra realidad económica, social, política y cultural; a partir de la idea que su construcción aparece primeramente como *regulación directa* en diversos textos constitucionales en forma de cláusula explícita; o bien mediante acciones positivas derivadas de los poderes públicos a partir de sus *contenidos implícitos*²⁴⁷.

²⁴² Baldwin, Peter. *La Política de Solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección ediciones de la Revista de Trabajo, Nro.39, Madrid, 1992, p.181.

²⁴³ Peces-Barba, Gregorio. *Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales*, en: Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia, Instituto Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Debates, Nro.13, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p.26

²⁴⁴ Martínez Estay, José I. *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos sociales*, Cedecs Derecho procesal, Cedecs Editorial, S.L., Centro de estudios de Derecho, Economía y Ciencias sociales, Barcelona, 1997, p.63.

²⁴⁵ Para Goitía Caballero, con *Welfare State* se designa la política del Presidente Roosevelt en los Estados Unidos durante los años 30'. *Vid.*, Goitia Caballero, Carlos A. *Constitución, estado y economía. La intervención del estado en la economía en las constituciones de los Estado miembros de la Comunidad andina*, Azul editores, La Paz, Bolivia, 2006, p.62 (nota de pie de página nro.21).

²⁴⁶ Martínez Esteruelas, Cruz. *La agonía del Estado. ¿Un nuevo orden mundial?*, Estudios políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p.121.

²⁴⁷ En este último aspecto, es conveniente revisar la posición de Constantino Mortati, quien indica que la Constitución italiana de 1947, aunque no aluda expresamente a la fórmula «Estado social de derecho»; en su opinión ello se entiende “implícito” (ya que sus preceptos recogen los contenidos y

Pero no obstante sus nítidas diferencias, por estar igualmente relacionados; por lo general se concede cierta homologación entre el «Estado social» y el «Estado de bienestar» para referirse a toda forma de Estado intervencionista en el plano económico o político como si fueren lo mismo²⁴⁸. Por esta razón, frecuentemente parte de la doctrina les da el mismo tratamiento a ambas entidades (Comín-Comín²⁴⁹; Torres del Moral²⁵⁰; De Castro²⁵¹; De Otto²⁵²; Martínez Estay²⁵³; García Ramírez²⁵⁴; Rondón de Sansó²⁵⁵; Alvarado Andrade²⁵⁶; Brewer Carías²⁵⁷; Álvarez²⁵⁸; Magallanes²⁵⁹; Villaspín Oña²⁶⁰; de la Calle²⁶¹; Villar Borda²⁶²; Bastidas Mora²⁶³; Fernández-Miranda Campoamor²⁶⁴; Risso-Ferrand²⁶⁵).

exigencias de aquella). *Vid.*, Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.235.

²⁴⁸ Müller, Alberto [con colaboración de Rapetti, Martín y Titunuk, Rocío]. *Economía y política en el desmantelamiento del Estado de bienestar en la Argentina*, Cuadernos del Centro de Estudios sobre población, empleo y desarrollo (CEPED), Buenos Aires, 2002, p.14. Disponible: <http://www.econ.uba.ar/www/institutos/economia/Ceped/publicaciones/cuadernosceped/cuad%206/cuaderno6.pdf> (enero, 2014).

²⁴⁹ Comín Comín, Francisco. *El surgimiento y desarrollo del Estado de Bienestar (1883-1980)*, en: El Estado del Bienestar en la encrucijada (Obra Colectiva), S. Salort i Vives y R. Muñoz Haedo (Eds.), MG, Monografías, Publicaciones Universidad Alicante, Alicante, 2007, p.70.

²⁵⁰ Torres del Moral, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional español*, tomo I, 2ª ed., Átomo ediciones, Madrid, 1988, p.286.

²⁵¹ De Castro Cid, Benito. *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Ed. Universitas, S.A., 1ª reimpresión, Madrid, 2004, p.161.

²⁵² De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, 4ª impresión, 2ª edición, Barcelona, 1995, p.42.

²⁵³ Martínez Estay, José Ignacio. *Jurisprudencia Constitucional...*, p.15.

²⁵⁴ García Ramírez, Sergio. *Estado democrático y social de Derecho*, boletín mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXIII, nro.98, may-agos., México, 2000, p.604.

²⁵⁵ Rondón de Sansó, Hildegard. *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas*, Ed. Ex Libris, 1ª reimpresión, Caracas, 2002, pp.63-64.

²⁵⁶ Alvarado Andrade, Jesús M. *Reflexiones sobre la justicia constitucional como función republicana. ¿Es la justicia constitucional en Venezuela un instrumento de democracia?*. Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Caracas, 2010, p.393-394.

²⁵⁷ Citado en Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nro.XLVI, Caracas, 1990, p.94.

²⁵⁸ Álvarez, Julio C. *Restricciones de los Derechos Fundamentales*, Vadell hermanos editores, Caracas-Valencia, Venezuela, 2010, p.109.

En este aspecto son especialmente interesantes los comentarios que trae Martín-Retortillo, al alegar que el «Estado de bienestar», el «Estado de providencia», el «Estado benefactor» y demás expresiones análogas, serían a la postre, “la concreción histórica de un determinado modelo político, el neocapitalismo, en el que salvaguardando siempre los principios del Estado de Derecho, la intervención pública en el ámbito económico no resulta ya un fenómeno contingente y esporádico, sino que se institucionaliza como algo habitual, permanente y estático²⁶⁶”.

Pues bien, las relaciones y diferencias entre cada uno de estos tipos de Estado, aparecen explicados cabalmente por una importante Alta Corte Constitucional (Colombia), al referirse a la incidencia del «Estado social de derecho» desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele

²⁵⁹ Magallanes, Rodolfo. *La constitución económica de la República Bolivariana de Venezuela, El sistema político en la constitución Bolivariana de Venezuela*, L. Salamanca y R. Viciano Pastor (Coords.), CEPS, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, 2004, p.557.

²⁶⁰ (i) Vallespín Oña, Fernando. *Crisis de la democracia y Estado social*, en: Política y Sociedad (Obra Colectiva), Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol, Vol. I, Centro de Investigaciones sociológicas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.236 (Comentario que aparece en la nota al pie de pág. 1). Asimismo, (ii) *Estado de bienestar y constitución*, en: Revista del centro de estudios Constitucionales, núm.1, sept-dic., España, 1988, pp.129 y ss.

²⁶¹ De la Calle Velasco, María Dolores. *De los orígenes del Estado social en España*, Asociación de Historia Contemporánea, nro.25, 1997, España, p.129. Disponible: <http://www.juntadeandalucia.es/educacion/vscripts/wginer/w/rec/3242.pdf> (enero 2013).

²⁶² Villar Borda, Luis. *Estado de derecho y estado social de derecho*, Revista derecho del estado, nro. 20, Colombia, 2007, p.83. Disponible: <file:///C:/Users/VISTA/Downloads/705-2378-1-PB.pdf> (febrero 2014).

²⁶³ Bastidas Mora, Patricia. *El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso*, Revista Vía Juris, nro.9, Colombia, 2009, p.49. Disponible:<file:///C:/Users/VISTA/Downloads/DialnetElModeloConstitucionalDelEstadoSocialYDemocraticoD-3293414.pdf> (marzo 2014).

²⁶⁴ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo*, en: Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas, Encuentro sobre Estudios jurídico-políticos en Educación, Fund. europea sociedad y educación, España, 2006, p.48.

²⁶⁵ Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Fund. de cultura universitaria, 2ª ed., Montevideo, Uruguay, 2011, p.163.

²⁶⁶ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica*. Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.14.

tratarse bajo el esquema general del «Estado de bienestar» (*Welfare state, Statu del benessere, L'État providence*); lo segundo bajo el tema del «Estado constitucional de derecho». Por esta razón: “La delimitación entre ambos conceptos no es tajante, cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente²⁶⁷”.

Vista así las cosas, entendiendo las relaciones pero también los puntos distintivos, compartimos²⁶⁸ la apreciación de aquellos autores que le dan su trato diferenciado (García-Pelayo²⁶⁹; Ojeda Marín²⁷⁰; Sotelo²⁷¹; Duque Corredor²⁷², Peña Solís²⁷³; Carrillo Artiles²⁷⁴; Flores Giménez²⁷⁵; Combellas²⁷⁶; Cerón Zapata²⁷⁷;

²⁶⁷ Sent. de la Corte Constitucional Colombiana, de 5 de junio de 1992. *Cit.*, en: Goitia Caballero, Carlos A. *Constitución, estado y economía. La intervención del estado en la economía en las constituciones de los Estados miembros de la Comunidad andina*, Azul editores, La Paz, Bolivia, 2006, p.63.

²⁶⁸ Petit Guerra, Luis. *El Estado social y los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp.114-124.

²⁶⁹ García-Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universitaria, 10ª impresión, 2ª ed., Madrid, 1996, p.48.

²⁷⁰ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social...*, p13.

²⁷¹ Sotelo, Ignacio. *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Colección Estructuras y procesos, Serie Ciencias Sociales, Ed. Trotta, Madrid, 2010, p.170.

²⁷² Duque Corredor, Román J. *Sistema de fuentes y Derecho Constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Ediciones Homero, Caracas, 2014, pp.263-269.

²⁷³ Peña Solís, José. *Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999*, Fundación de estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2009, p.89.

²⁷⁴ Carrillo Artiles, Carlos L. *La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999*, en: El sistema político en la constitución Bolivariana de Venezuela, L. Salamanca y R. Viciano Pastor (Coords.), CEPS, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, 2004, pp.157-161.

²⁷⁵ Flores Giménez, Fernando. *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de 1999*, en: El sistema político en la constitución Bolivariana de Venezuela, L. Salamanca y R. Viciano Pastor (Coords.), CEPS, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, 2004, p.304.

²⁷⁶ Combellas, Ricardo. *El estado social de Derecho, la Constitución de 1961 y la reforma del Estado en Venezuela*, en Constitución & reforma, Comisión Presidencial para la reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.29.

²⁷⁷ Cerón Zapata, Pilar. *La protección de los Derechos económicos, sociales y culturales en el Reino Unido*, Cap.IX, en: Corte Constitucional y Estado social de Derecho, Colección Memorias Jurídica, Nro.4, Sello Editorial, Universidad de Medellín, 1ª ed., Medellín, 2007, p.241.

Pizarro Nevado²⁷⁸; Bermúdez Bueno y Morales Manzur²⁷⁹; Martínez de Correa²⁸⁰). Entre ello, alguno acusa la “confusión” marcada y más persistente del Estado social de Derecho con un concepto afín de origen anglosajón comprendido por el Estado de Bienestar²⁸¹. En este respecto, el llamado «*Welfare State*» (Estado de bienestar) “se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, a las finalidades del bienestar social, siendo un concepto mensurable en función de las distribuciones de las cifras del presupuesto destinado a los servicios sociales y otros índices”; y el «Estado social», expresión de mayor amplitud, porque atiende, “no solo los aspectos del bienestar, aunque éstos sean uno de los componentes esenciales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo²⁸²”.

En rigor de lo expuesto, el trato diferenciado entre «Estado social» y el «Estado de bienestar», se explica porque el primero “parte de la racionalidad de la economía capitalista y deja a la economía que se desenvuelva libremente, sin interferencias extrañas, para después, en un segundo momento, ocuparse de la situación social de los más débiles, exigiendo un mejor reparto de cargas y beneficios²⁸³”. El Estado de bienestar, al contrario, “parte del supuesto de que el capitalismo, abandonado a su libre desenvolvimiento, produce un orden social tan injusto como inhumano, y que, por tanto, el Estado ha de intervenir ya en la fase de

²⁷⁸ Pizarro Nevado, Rafael. *Tribunal Constitucional y Estado social: La experiencia española*, en: Corte Constitucional y Estado social de Derecho, Universidad de Medellín, C. Molina Betancur (Coord.), Colección memorias jurídicas, nro.4, Sello Editorial, 1ª ed., Medellín, 2007, pp.270 y 271.

²⁷⁹ Bermúdez Bueno, William y Morales Manzur, Juan. *Estado social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991*, en: Cuestiones Jurídicas, vol.28, nro.48 (ene-jun.), Maracaibo, Venezuela, 2012, p.67.

²⁸⁰ Martínez de Correa, Luz M. *Tres enfoques y una aproximación al estado de derecho: estado social de derecho, estado de bienestar y estado liberal de derecho*, en: Opción, Revista de ciencias humanas y sociales, Univ. del Zulia, Año 27, nro.66, sept-dic., Maracaibo, Venezuela, 2011, p.122.

²⁸¹ Combellas, Ricardo. *El estado social...*, p.29.

²⁸² Cit. por Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica*. Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.14.

²⁸³ Sotelo, Ignacio. *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Colección Estructuras y procesos, Serie Ciencias Sociales, Ed. Trotta, Madrid, 2010, p.199.

producción, corrigiendo y remodelando el orden socioeconómico desde los principios de la justicia²⁸⁴”.

En consecuencia, luego de resumir algunas de las equivalencias *entre el Estado de bienestar frente al Estado social* (sobre todo porque en sus raíces hay preocupación por la «cuestión social²⁸⁵»); pero también *sus diferencias*, seguimos con Ojeda Marín la necesidad de “mantener algunas cautelas, no sea que de tanto forzar el criterio distintivo terminemos enfrentando expresiones homólogas²⁸⁶; situación de equiparación ésta que resulta inapropiada²⁸⁷. En conclusión, dependiendo de la perspectiva de cada autor, se encontrarán diversos puntos de vista.

3.2.1. De la llegada del «Estado social y democrático de derecho» a España. Sus antecedentes internos.

La fórmula del Estado social español se proyecta por vez primera con la Constitución de 1978 en su artículo 1.1., por posible influencia del artículo 20.1 de la Grundgesetz de Bonn²⁸⁸ (Pérez Luño); aspecto que sin embargo es negado por otros²⁸⁹ (Elías Díaz), aunque hay otras ideas que consiguen más atrás datos a modo de antecedentes.

En ese sentido, es probable igualmente que en parte los antecedentes sobre algunos desarrollos de índole social, pueda encontrarse con la Constitución de 1931; como se desprende del propio portal oficial del Congreso de Diputados, que enseña:

²⁸⁴ Sotelo, Ignacio. *El Estado social...*, p.199

²⁸⁵ De la Calle Velasco, María Dolores. *De los orígenes del Estado social...*, p.129.

²⁸⁶ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis...*, p.14.

²⁸⁷ Cerón Zapata, Pilar. *La protección de los Derechos económicos...*, p.241.

²⁸⁸ Entre ellos, Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.239.

²⁸⁹ Es el caso de Elías Díaz citado por Pérez Luño, *Ob. Cit.*, p.239.

“Se ha dicho que esta Constitución no fue mejor ni peor que las anteriores que España había conocido o que sus contemporáneas vigentes en Europa. Sin embargo, aquella Constitución recogió las ilusiones colectivas que suscitó el cambio de régimen político en España. La República y la Constitución fueron la consecuencia inevitable de la dictadura agotada de Primo de Rivera, que había dado paso a una solución democrática que se plasmó en este texto jurídico²⁹⁰”.

Esa carta política, en palabras de Suárez resultaría “interesante²⁹¹” al explicar que de sus regulaciones se puede notar cierta orientación social, cuando en su art. 1 proclamaba que "España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia". En esa primera instancia, se constituían esfuerzos que buscaban fórmulas para desarrollar la materia social, pero especialmente con relación régimen laboral, tal como disponía del mismo modo su artículo 15, que “corresponde al Estado español...la ejecución de las leyes sociales inspeccionada por el Gobierno de la República para garantizar su estricto cumplimiento y el de los Tratados internacionales que afecten la materia” y su artículo 46 relativo al trabajo como una obligación social²⁹². Ahora bien, como se sabe, su vida como texto político estuvo marcado (tristemente) con la llegada de la guerra civil, asunto que cambiaría los destinos de ese país; pero en cualquier caso ha de tenerse como el antecedente más cercano a las cuestiones de índole social.

Se consiguen de igual modo opiniones que van más allá; y que explican el advenimiento del Estado social en España (1978) con unos antecedentes más antiguos; como el caso de la autora De la Calle Velasco, al sugerir como punto de partida más allá en 1883, explicando en esa perspectiva:

²⁹⁰ Congreso de los Diputados, Reino de España. Disponible: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1931 (enero, 2016).

²⁹¹ Suárez, Fernando. *Los derechos sociales en las constituciones*, en: Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales, Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 junio, L. Sánchez Agesta (Coordinador), Revista de Derecho Privado, Centro de estudios y comunicación económica, Editoras de Derecho reunidas, Madrid, 1977, p.208.

²⁹² *Vid.*, Suárez, Fernando. *Los derechos sociales...* pp.208 y 209.

“Con anterioridad Luxán y Madoz, en 1855, habían fracasado en sus propósitos acerca de una comisión encargada de recabar datos sobre las relaciones patronos obreros. Pero es en 1883 cuando se crea por Real Decreto una «Comisión para el estudio de las cuestiones que interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras tanto agrícolas como industriales y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo». Reestructurada en 1890, pasa a denominarse sencillamente Comisión de Reformas Sociales (CRS). El paso siguiente, el proyecto de un Instituto de Trabajo, supone un nuevo fracaso en 1902. Pero en 1903 se funda el Instituto de Reformas Sociales (IRS), que consolida y acrecienta aquellos primeros pasos. En 1908 echa a andar el Instituto Nacional de Previsión, con el objeto de establecer los seguros sociales²⁹³”.

En palabras de esta autora: “Estas son las instituciones que, en mayor o menor grado, participan en la promoción de las primeras medidas de protección social y laboral que constituyen el germen del Estado social español, tal y como aparece en el artículo 1.º de la Constitución de 1978²⁹⁴”. En ese sentido, aquello es proveniente, porque “[l]as ideas de las minorías reformistas en España impulsan y desarrollan la política social desde finales del siglo XIX. Su configuración es lenta, como en otros países europeos, y el propio concepto de Estado va cambiando, a medida que la evolución social y económica en interacción con los distintos agentes sociales lo permite²⁹⁵”.

Pero a pesar de tales avances y concreciones en razón del reconocimiento recíproco de las distintas visiones; aunque en la perspectiva “americana” de quien efectúa esta investigación se tenga como positivo estos hechos constituyentes como factores de estabilidad democrática; por el contrario, existen lecturas más pesimistas, que como Tomás Villarroya sostienen:

“La inestabilidad constitucional ha producido una consecuencia negativa que debe señalarse: entre nosotros no ha existido una auténtica devoción y afición a la Constitución... Los textos fundamentales no han logrado nunca, entre nosotros, la veneración conseguida por la Constitución inglesa, que

²⁹³ De la Calle Velasco, M. Dolores. *Sobre los orígenes del Estado social en España*, nro.25, Asociación de Historia Contemporánea, 1997, p.129. Disponible: <http://www.juntadeandalucia.es/educacion/vscripts/wginer/w/rec/3242.pdf> (octubre, 2015).

²⁹⁴ *Ob. Cit.* p.129.

²⁹⁵ *Ob. Cit.*, p.150.

hunde sus raíces en la historia; no han logrado nunca el sentimiento de adhesión y afecto conseguido por la Constitución americana que ha sido factor de integración en la vida política de los Estados Unidos. La Constitución, entre nosotros, generalmente no ha sido vínculo de unión, sino factor de discordia política civil²⁹⁶”.

3.2.2. De la llegada del «Estado social y democrático de derecho y de justicia» a Venezuela. Sus antecedentes internos.

La fórmula expresa del «Estado social y democrático de derecho y de justicia» prescrito en el artículo 2º CRBV llega tarde (1999), si se compara con el resto de textos que tienen la designación homóloga en diversos países de la región²⁹⁷.

De entrada advertir, que no hay consenso en la doctrina venezolana sobre el momento o eventos que marcan el inicio de la evolución del Estado social; aunque la mayoría se inclina en asumir que los antecedentes constitucionales se remontan indistintamente a las constituciones de 1936, 1947 y 1961 (Rey²⁹⁸; Luque²⁹⁹; Ávila Hernández y Martínez de Correa³⁰⁰); uno solo de los investigados reconoce el único antecedente del Estado social con la Constitución de 1961 (Delgado Ocando³⁰¹), hasta quienes niegan tales antecedentes y toman partida de una vez por aceptar

²⁹⁶ Tomás Villarroya, Joaquín. *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 10.

²⁹⁷ Brasil (1988); Colombia (1991); Paraguay (1992), Perú (1993); Ecuador (1998); Bolivia (2004).

²⁹⁸ Rey, Juan Carlos. *Sobre el Estado social de derecho*, Revista Sic, nro.716, Venezuela, 2009, p.259. Disponible: http://gumilla.org/biblioteca/bases/biblio/texto/SIC2009716_259-264.pdf (enero, 2014).

²⁹⁹ Luque, Guillermo. *Educación, pueblo y ciudadanía. La educación venezolana en la primera mitad del siglo XX (1899-1950)*, Fundación Ed. el perro y la rana, Sistema nacional de culturas populares, 2ª ed., Caracas, 2010, p.47.

³⁰⁰ Ávila Hernández, Morella y Martínez de Correa, Luz. *Reflexión sociojurídica sobre los derechos fundamentales prestacionales en Venezuela. Caso: Los derechos educativos*, Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, Vol. VII, Nro.1, ene-jul., Venezuela, 2001, pp.124 y 135.

³⁰¹ Delgado Ocando, José M., *Diez tesis sobre el estado social de derecho*, en Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas, Universidad Central de Venezuela, nro.73, Caracas, 1989, pp.167-173.

que el Estado social nació *solamente* con la Constitución de 1999 (Rondón de Sansó³⁰²).

En ese primer grupo, aparece Luque, quien describe un proceso lineal en construcción del Estado social que inició con la Constitución de 1936, seguida con la Constitución de 1947 hasta llegar la Constitución de 1961³⁰³. En idéntico sentido Márquez opina que el punto de partida lo fue la Constitución de 1936 (con el llamado Programa de febrero) seguida también de la Constitución de 1947³⁰⁴. Precisamente, otro grupo de autores hace igual énfasis en razón de la importancia a la Constitución de 1947 como antecedente del Estado social (Mariñas Otero³⁰⁵, Flores Giménez³⁰⁶; Duque Corredor³⁰⁷; Arráiz Lucca³⁰⁸); hasta quienes le atribuyen a la Constitución de 1936 solo un tímido intento (Combellas³⁰⁹). Por otra parte, se dice que al menos existió un Estado social *implícito* desde que las Constituciones de 1947 y 1961 postulaban la justicia social (Hernández³¹⁰).

En nuestro criterio, todas estas opiniones revelan las distintas versiones con el objetivo de identificar los eventos que dieron lugar a la construcción del Estado

³⁰² Rondón de Sansó, Hildegard. *Análisis de la constitución de venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas*, Ed. Ex Libris, Caracas, 2002, p.63.

³⁰³ Luque, Guillermo. *Educación...*, p.47.

³⁰⁴ Márquez, Trino. *El Estado social en Venezuela. Su evolución desde el Programa de febrero de 1936 hasta la Constitución de 1961*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1992, p.27.

³⁰⁵ Mariñas Otero, Luis. *Las constituciones de Venezuela*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1965, p.91.

³⁰⁶ Flores Giménez, Fernando. *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de 1999*, en: *El sistema político en la constitución Bolivariana de Venezuela*, L. Salamanca y R. Viciano Pastor (Coords.), CEPS, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, 2004, p.304.

³⁰⁷ Duque Corredor, Román J. *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Ed. Homero, Caracas, 2014, p.154.

³⁰⁸ Arráiz Lucca, Rafael. *Las constituciones de Venezuela (1811-1999)*, Ed. Alfa, Biblioteca Rafael Arráiz Lucca, Nro.07, Ed. Melvin, Caracas, 2012, p.60.

³⁰⁹ Combellas, Ricardo. *Estado de derecho. Crisis y renovación*, Ed. jurídica venezolana, Caracas, 1990, p.91.

³¹⁰ Hernández, José I. *Estado social y libertad de empresa en Venezuela: consecuencias prácticas de un debate teórico*, Revista Electrónica, Universidad Monteávila, Caracas, s.f., p.3. Disponible: https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf (enero, 2016.)

social; pero en cualquier caso, si fuere que efectivamente existieron tendencias de estados sociales nacionales anteriores; con todos y sus avances (que los hubo); la posición que acá se sostiene es contraria. No podemos admitir que sean antecedentes “validos”, como si fueran efectivamente tales, cuando la realidad que imprimían los resultados decía otra cosa. Las distintas crisis políticas dieron lugar a la deslegitimación del sistema; y con ello, al descontento popular por el incumplimiento de metas sociales. Ello nos hace suponer, que no hubo verdadero Estado social en ninguna de las constituciones anteriores a la vigente (salvo que se hable de un estado social formal). Incluso, el texto constitucional que se supone más cercano (1961), también se le atribuye su fracaso al no haber satisfecho ni la marcha económica ni la justicia social que postulaba³¹¹. En conclusión, la única regulación como Estado social aparece en la Constitución vigente de 1999; aunque también como parece, solo desde el punto de vista *formal*; pues su desvío por la falta de materialidad de sus metas es cada vez más patente³¹². Afirmar –con Hernández- que esos antecedentes pueden considerarse un Estado social de derecho implícito

³¹¹ Kelly, Janeth. *Viejos principios y nuevos enfoques para la Quinta República*, en: La constitución económica, J. Kelly (Coord.), IESA, Caracas, 1999, p.25.

³¹² Petit Guerra, Luis. *El Estado social. Los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp.262-264.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL SISTEMA DE VALORES.

1. LOS PRINCIPALES VALORES CLÁSICOS Y SU PROBLEMÁTICA READAPTACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL. VISIÓN CRÍTICA AL SISTEMA ACTUAL.

Con la aparición del «constitucionalismo liberal» durante los siglos XVII y XVIII, se hicieron presentes los primeros textos “portadores de una estructura de poder y de otra estructura de valores y de derechos, de matiz inicialmente individualista³¹³”. Se entiende fácilmente la estructuración de una serie de principios y valores predominantemente “liberales” (por la clase dominante que los impulsó); siendo por esta razón que llamaremos *propios* del Estado (liberal) de derecho (o *clásicos* en el sentido que se concede en esta tesis). Luego, será a finales del siglo XIX e inicios del XX cuando emergen nuevos postulados de lo que se convertirá en «constitucionalismo social», que superan aquella visión “individualista” de otrora, precisamente partiendo de la crítica al sistema liberal³¹⁴. En presencia de estos textos se “generan” nuevos valores conforme a los intereses de los grupos que influyen en tales cambios.

Por tanto, habría que distinguir elementos de uno y otro Estado (liberal y social). Según el orden de preferencias de la doctrina constitucional, empieza a debatirse cuáles serían los *principios básicos* más relevantes que informan el «Estado de Derecho» y el «Estado social de Derecho³¹⁵», con la importancia en que se conjugan unos y otros en el último. En ese orden, entiende García-Pelayo que “el

³¹³ Sagües, Néstor P. *Teoría de la constitución*, ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001, p.8.

³¹⁴ Goitia Caballero, Carlos A. *Constitución, estado y economía. La intervención del estado en la economía en las constituciones de los Estado miembros de la Comunidad andina*, Azul editores, La Paz, Bolivia, 2006, p.60.

³¹⁵ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nro.1, Centro de Estudios Constitucionales, sept-dic., Madrid, 1988, p.128.

Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y posindustrial con sus nuevos y complejos problemas³¹⁶". Precisada tal afirmación, es ahora donde tiene sentido el repaso anterior de los diversos aspectos históricos que dieron lugar al Estado social junto a sus fines, porque en su conjunto –pensamos-, están las claves para definir cuáles serían, desde esa perspectiva, los elementos que hacen lo hacen distinguible; sea por la forma en que determinados elementos "clásicos" (en forma de valores o principios) se readaptan en él; sea porque en tal proceso, se distingan elementos *más* "naturales" (quizás propios), ergo, más fácilmente digeribles en tal sistema.

Debido a estas readaptaciones de elementos no naturales *en* el estado social; a veces preeminencia de aquellos en algunos casos (bajo cierta subordinación de los contenidos sociales de la Constitución a su marco liberal, dice Villaspín Oña³¹⁷), hasta la falta de verdaderas estructuras "propias" del mismo, se encuentran algunas quejas como las que plantea De Cabo –uno de los más cualificados estudiosos del Estado social según Tajadura Tejada-, respecto a que "el Estado social no produce una estructura institucional garantista de los derechos sociales a la manera como el Estado liberal la construyó para los derechos individuales³¹⁸". Porque por mucho que algunos quieran justificar la existencia misma del Estado (a secas) en donde se razonaba (supuestamente) la problemática vinculada a «corregir» las desigualdades –como aluden entre otros Sotelo³¹⁹, Cossio³²⁰ y Suay Rincón³²¹;

³¹⁶ García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 2ª ed., 10ª reimpresión, 1985, Madrid, p.18.

³¹⁷ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de bienestar...*, p.130.

³¹⁸ Citado por Tajadura Tejada, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI*, en: *Visión Iberoamericana del tema constitucional*, Fund. Manuel García Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2003, p.437.

³¹⁹ Sotelo, Ignacio. *El estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Fund. Alfonso Martín Escudero, Ed. Trotta, Madrid, 2010, p.48.

³²⁰ Cossio Díaz, José R. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, colección estudios constitucionales, Madrid, 1989, p.36.

³²¹ Suay Rincón, José. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Estudios derecho público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, p.27.

apreciamos que todas esas prédicas fueron palabras vacías por mucho tiempo (porque no todos los individuos eran tratados como *iguales*; pero tampoco todos los individuos tenían la misma *dignidad*), siendo categorías excluyentes de otros (sujetos). Es la concepción liberal desde la lógica de quien detenta el poder. La presencia de los elementos “clásicos” (como la «igualdad» y la «dignidad») podrían ubicarse en lo que Dahrendorf definía «valores culturales prevalecientes³²²» para identificarlos en un momento dado.

En ese orden de ideas, hay unos planteos que deben superar tal prueba de readaptación de aquellos elementos *en* el Estado social; si se tiene que fue en el Estado liberal donde se proclamó una (supuesta) «igualdad formal»; la cual se consigue en Estado social bajo la concepción de «igualdad material». El mismo debate ocurre frente a la categoría que se predica desde la «dignidad humana»; ya que se consiguen distintas posiciones que encuentran igual asidero tanto en el Estado liberal como en el Estado social. En razón de este concurso de elementos, un sector justifica la existencia del Estado social desde el valor «igualdad material» (entre otros, Cossio, Corzo, Sotelo, Díaz, etc.), otros tantos consiguen explicarlo desde la relación identitaria de la «dignidad», «libertad» e «igualdad» (González Moreno³²³); y sin embargo, otro grupo sin oposición a los elementos “clásicos”, empiezan a considerar la necesaria adaptación de estos pero junto a la «solidaridad» (De Cabo Martin, Peces-Barba, De Esteban, Bidart Campos).

Todos estos elementos legitimantes en conjunto, como piensa Bidart Campos, debe agradecerse como aporte del constitucionalismo respecto del Estado de derecho y su nueva fórmula de Estado social, porque:

“sin pérdida de esa herencia –reflexiona- hemos, a la vez, de asumir cuantas readaptaciones y transformaciones resulten conducentes para acrecer y maximizar la democracia, el sistema de derechos, el garantismo, la centralidad de la persona humana, todo en un nutrido arsenal axiológico que, en el engarce del Estado con la globalización, confiera a la Constitución

³²² Picó, Josep. *Teorías sobre el Estado de bienestar*, Siglo XXI de España editores, Sociología y política, Madrid, 1987, p.120

³²³ González Moreno, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Monografías, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, p.107.

como orden material y sustancial de principios y valores los contenidos «aggiornados» del Estado social y democrático de Derecho³²⁴”.

Por todo lo expuesto, estamos de acuerdo con Moreno que “otro criterio doctrinal se ha ido abriendo paso sobre la idea de que la consolidación de la democracia y del Estado social impone una modificación en la clásica interpretación de los principios de Estado de Derecho para hacerlos compatibles con las exigencias del Estado social³²⁵”. Las notas características del «Estado social de derecho» frente el «Estado liberal de derecho» procuran entender una nueva dinámica, al punto que para Martínez de Pisón: “El Estado social será así una forma de Estado radicalmente distinta a la del Estado liberal. Deja de ser neutro y pasivo para ser activo e intervencionista, a prestar determinados servicios sociales demandados por los ciudadanos³²⁶”. Si esta idea es cierta como alegamos, entonces los principios “clásicos” quedarán desbordados. Mucha razón tiene Lucas Verdú cuando se refiere a la existencia de los *nuevos principios del Estado social*³²⁷. En esa senda iremos.

1.1. De la «igualdad formal» a la «igualdad material».

No es casualidad que Comanducci se refiera a *la igualdad* como una idea (tan) antiquísima, multiforme y a menudo –sostiene– escurridiza, que se hace necesaria ubicarla en sus contextos³²⁸. Bajo este supuesto, el principio de igualdad

³²⁴ Bidart Campos, Germán. *El futuro del constitucionalismo y sus posibles proyecciones hacia el sistema de derechos*, en: Constitución y constitucionalismo hoy, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Exlibris, Caracas, 2000, p.353.

³²⁵ González Moreno, B. *El Estado social...*, p.104.

³²⁶ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.133.

³²⁷ Lucas Verdú, Pablo. *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984, p.82.

³²⁸ Comanducci, Paolo. *Democracia, Derechos e interpretación jurídica*, en: Ensayos de teoría analítica del derecho, Nro.5, Ara editores, 1ª ed., Lima, Perú, 2010, p.31.

es propio del individualismo liberal. De allí que se reconozca el *carácter individual de la igualdad* como elemento propio de las Declaraciones de Derecho de fines del siglo XVIII; para diferenciarlo de los derechos que tienen *carácter colectivo* en las Declaraciones de Derecho desde 1848³²⁹. Pero, como es sabido, la llamada «igualdad formal» no implicó necesariamente verdadera igualdad en términos materiales³³⁰; si se tiene que la ideología dominante de entonces (burguesía aliada al poder político) influyó decisivamente en la formulación del *principio de igualdad*³³¹; el cual estuvo diseñando acorde a una propia escala «valores».

Aquel valor estaba orientado en protección determinadas categorías “como las de persona, capaces de obrar o ciudadanos³³²”. De este modo, eran solo iguales –o tenían derechos- aquellos “individuos” pertenecientes a esas categorías (en donde no podrían “entrar” todos). Aquello consistía en un verdadero estatuto de privilegio (Pisarello³³³; Peces-Barba³³⁴), que se sostiene desde el formalismo jurídico que buscaba satisfacer los intereses de las clases más acomodadas sin mayores obstáculos ni interferencias³³⁵. Se proclamaba así la relación del valor igualdad (de ciertos sujetos) y el goce de derechos (entendiendo como tales los directamente relacionados con los contenidos civiles y políticos).

Ora, esa igualdad formal (en su concepción inicial) tuvo que evolucionar en el tiempo, ubicándose dentro de los temas que pertenecen a la filosofía política, que

³²⁹ Poyal Costa, Ana. *Normas constitucionales y realidad. Análisis de su interacción transformadora*, Universidad Autónoma a Distancia, Aula Abierta, Nro.95, Ed. Torán, Madrid, 1995, pp.90-91.

³³⁰ De Azcárate, Gumersindo. *Resumen de un debate sobre el problema social*, Analecta Ed., Pamplona, 2003, p.255.

³³¹ Suay Rincón, José. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Estudios derecho público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, p.24.

³³² Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p.38.

³³³ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales...*, p. 181.

³³⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.181.

³³⁵ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de bienestar y Constitución*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.1, sept-dic., Madrid, 1988, p.127.

exigía una nueva dimensión temporal³³⁶. En consecuencia, los cambios -mayormente impulsados desde el proletariado- no se harían esperar; situación que condujo a la “reinterpretación” de los planteamientos iniciales del Estado³³⁷; incluyendo –agregamos- *frente a la perspectiva de la igualdad como principio*. Evidentemente esa igualdad formal ya no tendría cabida en el Estado social, por lo que fue necesaria su *readaptación*. Solo después de su evolución en lo se conocerá después como «igualdad material», algunos autores como Pisarello entenderían que los derechos sociales estaban conectados con este *principio* (en contraste de los derechos civiles que estarían adscritos a la dignidad³³⁸); aunque después viene a decir en el mismo trabajo que todos los derechos (independientemente de su naturaleza) son complementarios³³⁹; tesis con la que coincide Ferrajoli para explicar desde el principio de igualdad a todos los derechos³⁴⁰.

Para entender la mutación del tema de la igualdad (igualdad formal hasta la igualdad material), Peces-Barba resume tres dimensiones. *La igualdad como generalización*, entendida como la superación de aquel privilegio otorgado a un sector de ciudadanos y la construcción de normas jurídicas abstractas; *la igualdad de procedimiento*, entendida en las mismas oportunidades de los sujetos incorporados en cualquier procedimiento; hasta *la igualdad de trato formal*, que supera la vieja regla que hay que tratar iguales a los iguales y desigualmente a los desiguales, donde distingue la igualdad como equiparación y la igualdad como diferenciación³⁴¹. A su vez, en este último subgrupo (la igualdad de trato), se contiene como dijo *la igualdad como equiparación*, que está asociada con el

³³⁶ Sotelo, Ignacio. *El estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Ed. Trotta, Madrid, 2010, p.48.

³³⁷ Andrés Ibañez, Perfecto. *Justicia/conflicto*, colección ventana abierta, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p.89.

³³⁸ Pisarello, G. *Los derechos sociales...*, p.15.

³³⁹ Pisarello, G. *Los derechos sociales...*, p.45.

³⁴⁰ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p.43.

³⁴¹ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.182.

principio de no discriminación (“que afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras no se consideran relevantes y no justifican un trato desigual”³⁴²); y por último, *la igualdad como diferenciación*, que es la que tiene íntima conexión con la «igualdad material³⁴³». Como no cabe extender los atributos de la igualdad ante la ley o «igualdad formal» (subrayando el tema de la seguridad jurídica para fundamentar muchos derechos) a la «igualdad material», convenimos con Peces-Barba que esta última es un signo distintivo del Estado social³⁴⁴. En este estado del debate son útiles los comentarios de Comanducci, cuando reconoce la existencia de ciertas concepciones que ponen el acento en la igualdad de los puntos de partida frente aquellas que ponen el acento de la igualdad de los puntos de llegada³⁴⁵; de allí que se entienda con Bobbio –citado por el propio Peces-Barba- que si la «igualdad formal» es el punto de partida, «la igualdad materia» es la meta³⁴⁶.

En las primeras (la igualdad como punto de partida), se argumenta a favor de una mejor distribución de recursos que asegure a todos las mismas oportunidades, dejando en el individuo la posibilidad de utilizarlas o no; en cambio, las segundas (la igualdad como punto de llegada), apuntan a una mejoría en la distribución final que comporta una serie de intervenciones con miras de lograr un resultado final equitativo. Las primeras son propicias a sostenerse desde teorías filosóficas liberales; en cambio, las segundas, son auspiciadas por las visiones socialistas³⁴⁷. En conclusión, se entiende de ese modo la *igualdad material* como fundamento de los derechos tomando en cuenta aquellos que pretenden satisfacer las necesidades básicas de los individuos³⁴⁸.

³⁴² Peces-Barba M, Gregorio. *Lecciones...*, p.183.

³⁴³ *Ob. Cit.*, p.184.

³⁴⁴ *Ob. Cit.*, p.184.

³⁴⁵ Comanducci, Paolo. *Democracia, Derechos e interpretación jurídica*. Ensayos de teoría analítica del derecho, Nro.5, Ara editores, 1ª ed., Lima, Perú, 2010, p.43.

³⁴⁶ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones...*, p.186.

³⁴⁷ *Ob. Cit.*, p.186.

³⁴⁸ *Ob. Cit.*, p.187.

Después de estas argumentaciones, es que puede comprenderse que el *principio de igualdad* (en su vertiente material) se hace *tan adaptable* en el Estado social, que hasta parece “propio”, si se sigue con Orza Linares que en él se encuentra “el verdadero pivote sobre el que gira toda la cuestión del Estado social y democrático de Derecho³⁴⁹”; aspecto que aparece suscrito por diversos autores según distintas perspectivas.

Que **los derechos sociales son derechos de igualdad** (material), parece un rasgo aceptado (Martínez de Pisón³⁵⁰; Fernández García³⁵¹; Pérez Luño³⁵²; Benito De Castro³⁵³; García Herrera³⁵⁴); siempre teniendo en cuenta siempre su debida actualización (Vanossi³⁵⁵). Más específicamente, otro grupo encuentra que el «principio de igualdad material» constituye un valor característico y en suma fundamental del Estado social (Pérez Royo³⁵⁶, Prieto Sanchís³⁵⁷, Cossio³⁵⁸, Carmona³⁵⁹; Peces-Barba³⁶⁰; Rubio Llorente³⁶¹; Jiménez

³⁴⁹ Orza Linares, Ramón M. *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Estudios jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Comares Ed., Granada, 2003, p.171.

³⁵⁰ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.104.

³⁵¹ Fernández, Eusebio. *Valores Constitucionales y Derecho*, Instituto Bartolomé de Las Casas, Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”, Nro.45, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp.49 y ss.

³⁵² Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Madrid, 2010, p.593.

³⁵³ Citado por Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar...*, p.104.

³⁵⁴ García Herrera, Miguel A., *Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española*, Revista de Derecho Político, Revista de Derecho Político, UNED, núms.58-59, 2003-2004, p. 281.

³⁵⁵ Vannosi, Jorge R. *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 1982, p.19.

³⁵⁶ Pérez Royo, Javier. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social*. Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 10, ene-abr., España, 1984.

³⁵⁷ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Centro de estudios constitucionales, Nro.22, sept.-dic., España, 1995, p.23.

³⁵⁸ Cossio Díaz, José R. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p.46

Campo³⁶², etc.); además de su elemento rector (Rondón de Sansó³⁶³) e incluso el núcleo del sistema constitucional democrático (García Belaúnde³⁶⁴).

Pasando el plano doctrinario; se observa la actualización de la «igualdad material» dentro del Estado social de derecho en los ordenamientos constitucionales de España y Venezuela; cuyos textos parecen coincidir con la recepción general como «valor superior»; además de ciertas alusiones expresas en determinadas materias.

Es así como en la CE destaca la previsión de la igualdad (general) como elemento básico entre sus **valores superiores** (Art.1.1. CE³⁶⁵); que se diferencia de esa «igualdad general» anotada en correspondencia con la «igualdad real y efectiva» del artículo 9.2 CE³⁶⁶. Cabe agregar, otras menciones específicas, entre otras, la igualdad de los españoles ante la ley (Art.14 CE); la igualdad jurídica entre hombre y mujer en el matrimonio (Art.32 CE); así como demás referencias a la igualdad de los hijos independientemente de su filiación (Art.39 CE); la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio (Art.139.1. CE); hasta llegar a la competencia estatal que se atribuye a la igualdad (Art.149.1.1^a). Sin extraviar estas ideas, con un paréntesis para mencionar acá, que

³⁵⁹ Carmona, Encarnación. *La Consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial*, en: Derecho Constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, tomo I, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p.493.

³⁶⁰ Peces-Barba, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales...*, p.184.

³⁶¹ Jiménez Campo, Javier. *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, número 9, sept-dic., España, 1983, p.71.

³⁶² *Cit.* por Jiménez Campo, J., p.71.

³⁶³ Rondón de Sansó, Hildegard. *Análisis de la constitución de venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas*, Ed. Ex Libris, Caracas, 2002, pp.64-65.

³⁶⁴ García Belaúnde, Domingo. *Diccionario de Jurisprudencia constitucional*, Ed. jurídica Grijley, Lima, 2009, pp.321-322.

³⁶⁵ Jiménez Campo, J. *La igualdad jurídica...*, p.71.

³⁶⁶ *Ob. Cit.*, p.72.

incluso un sector doctrinario promueve la igualdad material como soporte de los derechos educativos en el Estado social de derecho³⁶⁷.

En la CRBV, la igualdad se proyecta en varios preceptos: En una primera instancia reconoce en la igualdad entre sus valores –generales- (Art.1 CRBV); luego inmediatamente establece la igualdad como «valor superior³⁶⁸» (Art.2 CRBV), hasta concretarse nuevamente en la prohibición de discriminación en la igualdad (Art.21.1 CRBV); la igualdad ante la ley (Art.21.2 CRBV); la igualdad de deberes y derechos en las familias (Art.75 CRBV), la igualdad de los derechos del hombre y mujer en el matrimonio (Art.77 CRBV), la igualdad en los derechos al trabajo (Art.88 CRBV), la igualdad de las culturas (Art.100 CRBV), la **igualdad de condiciones en el derecho a la educación** (Art.103 CRBV), la igualdad entre los Estados en relaciones internacionales (Art.152 CRBV), la igualdad en materia electoral (Art.293 CRBV), la igualdad entre los principios de seguridad de la Nación (Art.326 CRBV); la igualdad de derechos y deberes de las familias (Art.75 CRBV); la igualdad absoluta de los derechos en el matrimonio entre el hombre y la mujer (Art.77 CRBV); la igualdad de hombres y de mujeres en relación al trabajo (Art.88 CRBV). Para un sector de la doctrina, tales prescripciones confirman la importancia concedida por el Constituyente para influir decisivamente en la vida de los ciudadanos³⁶⁹.

De lo expuesto, puede apreciarse que el tránsito de la igualdad formal hacia la igualdad material conllevó importantes consecuencias; al punto de proyectarse elemento rector dentro de los Estados sociales en estudio.

³⁶⁷ Entre estos, Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo*, en: Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas, Encuentro sobre Estudios jurídico-políticos en Educación, Fund. Europea sociedad y educación, España, 2006, p.48.

³⁶⁸ En este aspecto, *Vid.*, Combellas, Ricardo. *La tradición republicana. La doctrina bolivariana y la Constitución de 1999*, en: Visión Iberoamericana del tema constitucional, Fund. Manuel García-Pelayo, Caracas, nov., 2003, p.169.

³⁶⁹ Rondón de Sansó, Hildegard. *Análisis de la constitución de venezolana...*, pp.64-65.

1.2. De la dignidad de «algunos» a la dignidad de «todos».

La doctrina más calificada asume la dignidad de la persona “como fundamento del estado de derecho y del constitucionalismo democrático social contemporáneo³⁷⁰”; e inclusive, que reside en la misma la razón antropológica-cultural del Estado constitucional³⁷¹. Sin embargo, para llegarse a tales predicamentos hubo que esperar bastante tiempo. La dignidad en el Estado liberal de derecho se comprendía de otra manera; por más razón, en los tiempos de los antiguos nada tendría que ver con esto. Tendrán que pasar muchos eventos desde sus orígenes hasta su comprensión actual en su incorporación a la mayoría de las cartas constitucionales en materia de derechos fundamentales (en lo interno) y como eje central del lenguaje de los derechos humanos en su comprensión universal (en lo externo).

Para un breve repaso revisamos a Ruiz Ruiz³⁷²; cuyo trabajo, dice, es tributario de la posición de Peces-Barba³⁷³ desde donde se pueden distinguir a grandes rasgos tres dimensiones en el tema de la dignidad. La *primera*, estaría relacionada con la autonomía que goza todo ser humano que lo diferencia de los animales, en tanto fijar fines y escoger los medios para alcanzarlos; *una segunda*, sería la capacidad de construir conceptos generales y de razonar por medio de la reflexión de esos conocimientos a través de los sentidos; y una *tercera* dimensión, se conseguiría del lenguaje según la capacidad de dialogar y de comunicarnos; esto

³⁷⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Disponible: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-52002009000200007&script=sci_arttext (febrero, 2014).

³⁷¹ Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*, Serie Doctrina jurídica, núm. 47, 1ª. ed., 2001, Primera reimposición, 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, p.3

³⁷² Ruiz Ruiz, Ramón. *Los valores jurídicos superiores y los derechos fundamentales*, en: Tutela de derechos en sede jurisdiccional, E. Espinosa-Saldaña Barrera, G. Ruiz-Rico Ruiz, A. del Real Alcalá (Coords.), Consejo General del Poder Judicial y Universidad de Jaén, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2012, pp.93-113.

³⁷³ Se refiere a: (i) Peces-Barba, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002 y (ii) Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, BOE Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

es, capacidad de socializar³⁷⁴. En fin, posibilidad de elegir, capacidad de construir conceptos generales y de razonar, y de socializar son los elementos que “identifican” al ser humano y fundamentan su dignidad³⁷⁵.

El mismo autor, en ese tránsito desde la Antigüedad hasta la modernidad, se pasea por autores tan variados como Confucio o Lao-Tse, los filósofos como Platón, Cicerón o Séneca; aunque en sus palabras “en el Renacimiento se recuperaría el concepto clásico de dignidad humana que ya no se volvería a perder –salvo en algunos autores del Barroco-³⁷⁶”. Posteriormente, el *Renacimiento* y el *Humanismo* supusieron la recuperación de la visión clásica del mundo en una reafirmación de los valores humanos independientemente de una fundamentación “trascendente”, convirtiéndose al hombre en el centro de la realidad. Ya en tiempos del *Iusnaturalismo racionalista*, se manejó la concepción de la dignidad humana como algo propio del hombre, en tanto ser diferente y superior a los demás animales; destacando en esto los trabajos de Pudendorf, Tomasio o Wolf quienes en gran medida construyeron su sistema jurídico a partir de este concepto, en donde se constituye en núcleo fundante de la ética pública capaz de articular el poder político y el sistema de Derecho positivo al servicio del hombre³⁷⁷. A pesar esos avances, la época que constituye el apogeo en materia de la dignidad humana –o su “cénit” usando sus propias palabras- tuvo lugar en la *Ilustración*, en donde sobresalen Rousseau y Kant. Con el primero, se compatibiliza el concepto de dignidad con el sentimiento religioso, pero sin impedirle sus críticas a ciertas prácticas eclesiales (sobre todo en materia de intolerancia y monopolio de la palabra de Dios); del segundo, en su comprensión de la dignidad con la autonomía de la voluntad y la capacidad del hombre para decidir³⁷⁸”. Un comentario aparte revela por llamativo la posición que sostiene Ruiz Ruiz para explicar el valor

³⁷⁴ Ruiz Ruiz, Ramón. *Los valores jurídicos superiores...*, p.94.

³⁷⁵ *Ob. Cit.*, p.95.

³⁷⁶ *Ob. Cit.*, p.95.

³⁷⁷ *Ob. Cit.*, pp.95-96.

³⁷⁸ *Ob. Cit.*, p.96.

dignidad como un punto de partida y un punto de llegada³⁷⁹; es decir, usando el mismo argumento o fórmula que se citaba atrás con Peces-Barba o Comanducci para explicar la igualdad material.

Volviendo al punto inicial, teniendo en cuenta que la dignidad ha estado presente a lo largo de mucho tiempo, es evidente que en cada etapa tendría una justificación distinta; en la medida en que se iba interpretando como valor dentro de los distintos estadios en la configuración estatal («Estado absolutista»; «Estado formal de derecho» y luego en el Estado social de derecho», que es el punto último que nos convoca).

Después de esa evolución, es importante entonces reconocer que parte de la doctrina comparada viene insistiendo en **la vinculación de los derechos sociales con la dignidad humana** (como por ejemplo, a partir de los argumentos de Ferrajoli según comenta Porras Nadales³⁸⁰); pero además como fundamento propio dentro del Estado social (Rodríguez-Arana³⁸¹; Ruiz-Ruiz³⁸²; García Schwarz³⁸³; De Barcellos³⁸⁴; Lucas Verdú³⁸⁵; Combellas³⁸⁶; Espinoza Rausseo³⁸⁷; Nogueira Alcalá³⁸⁸). En cualquier caso, antes de aterrizar en los

³⁷⁹ *Ob. Cit.*, p.96.

³⁸⁰ Porras Nadales, Antonio. *El estado social autonómico tras la crisis*, en: Estados estatutarios y defensores del pueblo, Teoría y práctica en España e Italia, Universidad de Jaén, marzo, 2014, p.5

³⁸¹ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. *Nuevas claves del Estado de Bienestar. Hacia la sociedad del bienestar*, Temas básicos de Derecho Administrativo, Ed. Comares, Granada, 1999, p.107.

³⁸² Ruiz Ruiz, R. *Los valores jurídicos superiores...*, p.100.

³⁸³ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El Derecho, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2011, p.43.

³⁸⁴ De Barcellos, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, Brasil, 2002, p.198.

³⁸⁵ *Cit.* por Orza Linares, Ramón M. *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamientos jurídico*, Estudios jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Comares Ed., Granada, 2003, p.214

³⁸⁶ Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nro.XLVI, Caracas, 1990, p.105.

³⁸⁷ Espinoza Rausseo, Alexander. *Principios de Derecho Constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas, 2006, p.138.

distintos textos constitucionales, ese elemento “clásico” pasó también primero por su dimensión de derecho humano.

Acotar igualmente, que determinadas fuentes internacionales postulan una serie de regulaciones en donde se atiende este elemento. Así, el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”. Asimismo, su preámbulo prescribe “...el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...³⁸⁹; aunque por otro lado se alegue que a pesar de ello no ha sido suficiente para evitar los desmanes de la humanidad; motivo por el cual, se le llama un fundamento débil³⁹⁰. Fuera de esta prescripción, se advierte que el término «dignidad humana» no aparece en el Convenio Europeo de derechos humanos, y a penas se menciona en el preámbulo del Pacto de los derechos civiles y políticos de la ONU³⁹¹.

Con relación a su regulación en los textos constitucionales en estudio, es llamativo que este elemento de la dignidad humana no aparezca expresamente regulado por el Constituyente español; ni siquiera entre los valores superiores. Frente a su ausencia, no faltan las críticas como la de Peces-Barba al describir esto como una “pirueta difícilmente inteligible en la que este valor...no goza de la misma

³⁸⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, núm. 2, 2009, p.145.

³⁸⁹ González Moreno, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Monografías, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, pp.102-103.

³⁹⁰ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.121.

³⁹¹ Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial de los derechos humanos*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, p.157 (en nota a pie de página).

protección que los valores del artículo 1.1.³⁹²”. En los mismos términos se queja Lucas Verdú; quien a pesar de esa falencia, afirma que es posible que se “integre” como un «nuevo valor» (implícito), asumiendo que “la dignidad humana no es el resultado del Estado social y democrático de Derecho, sino un presupuesto del mismo³⁹³”. De cualquier modo, la práctica constitucional de ese país, ha resuelto hacer uso de tal elemento, como lo demuestra la manera en que se asume la dignidad; sobre todo, en el tema que nos ocupa para justificar determinada existencia de mínimos en educación³⁹⁴.

En el caso de Venezuela, el elemento de la «dignidad humana» se comprende dentro de los fines del Estado social de derecho en el artículo 2º CRBV³⁹⁵. En el mismo sentido, el propio texto constitucional recoge varias veces la terminología “dignidad” en distintos contextos: estándares del Estado (Art.3 CRBV); prohibición de trato degradante que afecte la dignidad (Art.46 CRBV); respeto de la dignidad en el allanamiento de domicilio (Art.47 CRBV); uso de fuerza por el Estado que no afecte la dignidad de los ciudadanos (Art.55 CRBV); respeto a la dignidad de los ancianos (Art.80 CRBV); respeto a la dignidad de las personas con capacidades especiales (Art.81 CRBV); salario acorde con la dignidad (Art.81 CRBV); así como del orden público y respeto a la dignidad de las personas (Art.332 CRBV).

Como se observa, este elemento evolucionó desde sus tiempos pasados para convertirse en uno de los fundamentos del Estado social de derecho.

³⁹² Orza Linares, Ramón M. *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamientos jurídico*, Estudios jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Comares Ed., Granada, 2003, p.214.

³⁹³ Citado por Orza Linares, Ramón M. *Fundamentos...*, p.210.

³⁹⁴ STC 236/2007, de 7 de noviembre. *Vid.*, Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p.120.

³⁹⁵ **Artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:** “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.” Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/enmienda2009.pdf> (marzo, 213).

1.3. La justicia social.

A lo largo del tiempo la voz «justicia social» (en conjunción del valor “justicia” con el predicado “social”) será producto de distintas interpretaciones según determinados acontecimientos e ideologías. Se trata de un elemento con una fuerte carga valorativa, así como diversas son las circunstancias que han concursado para su desarrollo. Revisando a Hoffner, se colige que desde el siglo XIX a los términos de «justicia legal», «justicia distributiva» y «justicia conmutativa» se fue incorporando el de **justicia social**; término que atribuye al sociólogo escolástico Luigi Taparelli, bajo un sentido “poco claro” –dice-, relacionado entre una *justicia hombre a hombre*³⁹⁶. Se consigue igualmente, que la Iglesia Católica a pesar de presentar algunas objeciones al principio (frente al excesivo papel del Estado como proveedor de recursos ciudadanos); al que (paradójicamente) van a parar las consecuencias de la *justicia social*. Entre las contradicciones que advertimos, esa Iglesia de entonces por el proceso legítimo del Estado como un regulador de las “diversas de las necesidades económicas y sociales”; argumentaba que “hubiera sido mejor dejar a la libre iniciativa de los ciudadanos³⁹⁷”. Pero en cualquier caso, se reconoce en definitiva el aporte de la Iglesia a la «cuestión social³⁹⁸» como sigue.

Es así como hay constancia que dicha Iglesia hizo ajustes correspondientes que se traducen en la llamada doctrina social de la Iglesia³⁹⁹. Por este último dato, quizá se entienda que en la Constitución italiana de 1848 (de inspiración cristiana propuesta por Antonio Rosmini) se contemple la *justicia social* como principio orientador, aunque sin definirla desde el punto de vista de su contenido. La influencia eclesiástica en estas órdenes, dicen que dependió bastante Encíclica

³⁹⁶ Hoffner, Joseph. *Manual Doctrina social cristiana*, 2ª ed., Ed. Rialp, Madrid, 1974, pp.77-79.

³⁹⁷ Encíclica: A vous, Messiers: 3-4: DER 12, 159-169. *Vid.* Gutiérrez García, José Luis. *Conceptos fundamentales en la doctrina social de la iglesia*, tomo II, Centro de Estudios Sociales del Valle de Los Caídos, Colección Documental de las Ciencias Sociales, Madrid, 1971, p.116.

³⁹⁸ Bidart Campos, Germán. *Doctrina social de la iglesia y derecho constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp.191-194.

³⁹⁹ Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nro.XLVI, Caracas, 1990, pp.45-46.

Quadragesimo anno de 1931 donde se pone de manifiesto la *encíclica de la justicia social*⁴⁰⁰; a partir de una serie de documentos (llamados Encíclicas⁴⁰¹) que postulan la doctrina social de la iglesia, desde las Encíclicas de León XIII orientadas a los problemas sociales; hasta su uso común con el Papa Pío XII⁴⁰². Este nuevo elemento (de la justicia social) va a generar, en nuestro modo de ver, unos cambios bien interesantes como elementos fundacionales de la Iglesia y su posible aportación. Como era necesario abordar los problemas de las desigualdades, por lo tanto:

“para salvar al Estado actual de la triste decadencia en que lo ha hundido el liberalismo amoral no consiste en la lucha de clases y en el terrorismo ni el abuso autocrático del poder del Estado, sino en la configuración y penetración del orden económico y social por los principios de justicia social y de la caridad cristiana.” (Divini Redemptoris: AAS 29, 1937, 80⁴⁰³).

Entre los cambios, la Iglesia Católica pasó de plantear críticas al proceso regulador en la repartición de recursos estatales (porque sería mejor dejarlo a la libre iniciativa de los ciudadanos⁴⁰⁴); para después criticar también a ese Estado liberal “amoral” que produce muchas injusticias⁴⁰⁵. En esa perspectiva, era mejor criticar la labor del Estado (pero siempre en libertad y democracia), que caer en manos de comunistas. Por este motivo, empezó a considerar que sería mejor en vez de apelar a esa idea de la lucha de clases propuesta por el comunismo⁴⁰⁶, que se

⁴⁰⁰ Hoffner, Joseph. *Manual...*, pp.77-79.

⁴⁰¹ Entre todas: Las Encíclicas de los Papas León XIII (15 de mayo de 1891); Pío XI (16 de mayo de 1931) y más reciente, con Juan Pablo II (1º de mayo de 1991). *Cfr.* Burgos, Benjamín. Curso de Derecho Constitucional, 2ª edición, Ed. Virtudes, Buenos Aires, 2005, pp.44 y ss.

⁴⁰² Burgos, Benjamín, *Ob. Cit.*, p.44.

⁴⁰³ Gutiérrez García, José L. *Conceptos fundamentales en la doctrina social de la iglesia*, tomo II, Centro de Estudios Sociales del Valle de Los Caídos, Colección Documental de las Ciencias Sociales, Madrid, 1971, p.117.

⁴⁰⁴ A vous, Messieurs: 3-4: DER 12, 159-169. *Vid.*, Gutiérrez García, José. *Ob. Cit.*, p.116.

⁴⁰⁵ Benignitas et Humanitas 16: AAS 37, 1945, 14. P.116. y Divini Redemptoris 32: AAS 29, 1937, 81. *Vid.* Gutiérrez García, *Ob. Cit.* pp.116-117.

⁴⁰⁶ Divini Redemptoris 30: AAS 29, 1937, 79-80, *Vid.*, Gutiérrez García, p.116.

logre mejorar la configuración del “orden económico y social por los principios de justicia social⁴⁰⁷”.

Pero no obstante los avances que se consiguen desde la interpretación del elemento de la justicia social, también encuentra sus detractores. Principalmente con Hayek quien suscribe dos críticas puntuales. Primero, al alegar que la «justicia social» se trata de un concepto vacío (criticando además que tenga como fundamento la justicia redistributiva⁴⁰⁸); por lo segundo, al negar que la justicia social pueda ser considerada un valor, como si lo es «la igualdad⁴⁰⁹». Un breve paréntesis permitirá agregar, que las objeciones de Hayek hoy no tendrían justificación alguna, al no ser capaz de entender lo que bien se explica con Loewenstein, que es posible el descontento popular por la falta de aplicación de la justicia social⁴¹⁰; lo que sugiere la importancia de este elemento como un verdadero valor. Al contrario a estas críticas insostenibles, en cambio, sobran opiniones acerca de las contribuciones que se prodigan desde la **«justicia social» como elemento dentro del Estado social**, tal como se expone en variada lista de autores de distintos lugares (Villaspín Oña⁴¹¹; Martínez de Pisón⁴¹²; García Ramírez⁴¹³; Combellas⁴¹⁴; Moderne⁴¹⁵; Ramírez Gallegos⁴¹⁶; Álvarez⁴¹⁷; etc.).

⁴⁰⁷ Divini Redemptoris: AAS 29, 1937, 80. *Vid.*, Gutiérrez García, *Ob. Cit.*, p.117.

⁴⁰⁸ Fernández, Eusebio. *Valores Constitucionales y Derecho*, Instituto Bartolomé de Las Casas, Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”, Nro.45, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p.63.

⁴⁰⁹ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Colección de ciencias políticas, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p.138.

⁴¹⁰ *Cit.* por Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel Ciencia Política, Ed. Ariel, Barcelona, 6ª ed., 1980 [4ª reimpresión 1988, Editado en Colombia, 1993, p.600].

⁴¹¹ Vallespín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nro.1, Centro de Estudios Constitucionales, sept-dic., Madrid, 1988, p.128.

⁴¹² Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar...*, p.29.

⁴¹³ García Ramírez, Sergio. *Estado democrático y social de Derecho*, Boletín mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXIII, nro.98, may-agos., México, 2000, p.604

⁴¹⁴ Combellas, Ricardo. *La tradición republicana. La doctrina bolivariana y la Constitución de 1999*, en: *Visión Iberoamericana del tema constitucional*, Fund. Manuel García-Pelayo, Caracas, nov., 2003, p.169.

Dado el interés investigativo, urge subrayar la posición que en España sostienen alguno de estos autores. Para Villaspín Oña: “El principio de la justicia social se convierte en norma constitucional vinculante para toda la actividad pública⁴¹⁸”; junto a Martínez de Pisón, quien defiende que la justicia social “es el principio rector de todas estas actuaciones⁴¹⁹”. Se entiende así, que si el papel medular del Estado social es “corregir” las deficiencias del estado liberal, son los derechos económicos, sociales y culturales, los que materializan los ideales de la **justicia social**.

En Venezuela igualmente se consiguen algunas contribuciones en este tema. En su caso, el ya citado Combellas subraya que la justicia social –junto a la dignidad- son los valores rectores del Estado social de derecho; entendiendo la primera como “la realización material de la justicia en el conjunto de relaciones sociales⁴²⁰”. En el mismo sentido, en Informe de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, explícitamente sobre este país sostiene “que la gobernabilidad para lograr los cambios que reclama la justicia social no puede significar una desmejora del desempeño económico y de la política de Estado⁴²¹”.

⁴¹⁵ Moderne, Franck. *¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?*, en: Derechos fundamentales y Estado, M. Carbonell (Coord.), Instituto de Investigaciones jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, 1ª ed., México, 2002, p.496.

⁴¹⁶ Ramírez Gallegos, René. *Socialismo del Sumak Kawsay o biosocialismo republicano*, en: Estudios sobre teoría y justicia constitucional, revista Alter Justitia, Maestría en Derechos Fundamentales y justicia constitucional, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Ediciones de la Universidad de Guayaquil, Ecuador, sept., 2011, p.120.

⁴¹⁷ Álvarez, Julio C. *Restricciones de los derechos fundamentales*, Vadell hermanos editores, Caracas-Valencia, 2010, p.130.

⁴¹⁸ Vallespín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.1, Centro de Estudios Constitucionales, sept-dic., Madrid, 1988, p.128.

⁴¹⁹ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar...*, p.28.

⁴²⁰ Combellas, Ricardo. *Estado de derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p.105.

⁴²¹ Academia de Ciencias Políticas y sociales, en: *Propuestas a la Nación. Academias Nacionales de Venezuela*, Contribución a la celebración del Bicentenario de la independencia, Ed. Italgráfica, Caracas, 2011, p.86.

Vistas algunas de las distintas dimensiones teóricas y filosóficas que se proyectan sobre el elemento «justicia social»; huelga revisar ahora cuáles serían las consecuencias en sus respectivos sistemas constitucionales. Sobre todo, partiendo del hecho que en el caso español, si bien su texto Constitucional no trae expresamente este término de justicia social, cabe concluir que tanto la doctrina junto a su jurisprudencia ha refrendado su existencia en el marco del Estado social de derecho. Además, notamos ciertas alusiones genéricas en el propio marco constitucional de donde puede encontrarse tal asidero. Primero desde que aparece regulado la «justicia» (sin adjetivos) como valor superior (Art.1 CE); para después conjugarlo con el desiderátum de su Preámbulo cuando se atribuye interés de fomentar «un orden económico y social justo»; aunado a los contenidos que se predicán de la interpretación de la cláusula Estado social y democrático de Derecho (Art.1.1 CE). Todos estos elementos junto a demás comentarios expuestos atrás por la doctrina autorizada, hacen concluir que en España la justicia social resulta un predicamento importante en la construcción y evolución de su Estado social.

Para Venezuela la situación resulta más obvia. Este elemento aparece en forma expresa en su marco constitucional vigente de 1999, con un primer antecedente con la Constitución de 1961, cuyo artículo 95 establecía: “El régimen económico de la República se fundamentará en **principios de justicia social** que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad” (Subrayado nuestro); aspecto que se consigue importante dentro de su constitucionalismo social⁴²². Asimismo, la Constitución de 1999 dispone en ese sentido en su artículo 299: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los **principios de justicia social**, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad, y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad (...)” (Subrayado nuestro); esto, junto a la

⁴²² Brewer, Allan. *Historia Constitucional de Venezuela*, tomo II, Ed. Alfa, colección trópicos/Historia, nro.81, Caracas, 2008, p.109.

propia mención que se lee de su Preámbulo⁴²³. En este país, adicionalmente se consigue alguna utilidad de la justicia social en su componente ideológico-político dentro del ideario de Simón Bolívar⁴²⁴; asunto que desborda los objetivos del trabajo. Estas líneas evidencian los ajustes que se hicieron de la justicia social, desde sus orígenes hasta su evolución doctrinaria, jurisprudencial y luego constitucional.

1.4. A suerte de conclusiones preliminares.

De la revisión de las distintas posiciones doctrinales se constata que no hay uniformidad en la manera de entender los elementos clásicos más resaltantes del Estado liberal que hacen vida luego en el Estado social. Porque por un lado, están quienes sostienen que es posible explicar la esencia del Estado social a partir de la «igualdad material» principalmente; otros desde la «dignidad»; otro grupo desde la «igualdad y dignidad» conjuntamente; frente a quienes será desde la «dignidad y libertad»; o desde la «justicia social y dignidad». E incluso, otro grupo finalmente consigue explicar el Estado social de derecho desde la conjugación de muchos más elementos entre sí, «dignidad, libertad e igualdad⁴²⁵»; hasta llegar a otros quienes también asumen esa pluralidad de premisas pero en conjunto a *nuevos elementos* para explicar la existencia del Estado social desde la «libertad», la «igualdad», la «solidaridad» y la «dignidad humana⁴²⁶»; o también desde la «libertad», la «igualdad» y la «solidaridad⁴²⁷». Ciertos autores como Moderne, sostienen que

⁴²³ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm> (noviembre, 2013).

⁴²⁴ Este pensamiento sobre la justicia social en el pensamiento de Bolívar, es sintetizado por Acosta, Vladimir. *Independence, Sovereignty and Social Justice in The Thinking of The Liberator Simón Bolívar. Text selection and Analysis*, Fondo Ed. Darío Ramírez, Petróleos de Venezuela, 2007.

⁴²⁵ Como sería el caso de Vid. González Moreno, Beatriz. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Monografías, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, p.107.

⁴²⁶ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.120.

⁴²⁷ Bassols Coma, Martin. *Constitución y sistema económico*, Temas clave de la Constitución Española, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988, p.96.

con todas y sus diferencias; también es posible –y deseable, dice- la compatibilidad entre (los elementos) del Estado liberal y el Estado social⁴²⁸. En conclusión, todas las teorías formuladas en razón de sus preferencias en cuanto a elementos determinantes presentan sus razones (defendibles todas); y sugiere que el Estado social cuenta con varios elementos –y no uno solo- en su construcción y evolución enriqueciendo el debate al momento de abordar sus problemas. De este modo, teniendo presente con Sagües que el Estado social se nutre de varios frentes⁴²⁹; bajo ese concurso de ideas, debemos ir incorporando una serie de elementos *nuevos*; que sin rivalizar con el primer grupo de elementos clásicos, se junten para definir las nuevas competencias y características en el Estado social. Es lo que lleva a plantear la tesis –dicha antes por otros- que *existen diversos elementos que son más asimilables en el Estado social*; cuyo punto se aborda enseguida.

2. LA RELEVANCIA DE LOS «NUEVOS» PRINCIPIOS.

El tránsito que llevó a la construcción del constitucionalismo social; en palabras de Moderne, “supone una reinterpretación de los presupuestos básicos del Estado de derecho liberal sin renunciar a sus postulados esenciales⁴³⁰”; afirmación que viene a la par con García Pelayo, al explicar que determinados elementos “clásicos” del Estado liberal lograron *adaptarse* dentro del Estado social⁴³¹. Parte por reconocer la existencia de unos elementos que se predicen como propios del Estado liberal de derecho y que gracias a complejos procesos argumentativos han mutado en el Estado social de derecho. Quiere decir, que también hay otros elementos *más cercanos* al mismo.

⁴²⁸ Moderne, Franck. *¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?*, en: Derechos fundamentales y Estado, M. Carbonell (Coord.), Instituto de Investigaciones jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, 1ª ed., México, 2002, p.527.

⁴²⁹ Sagües, Néstor Pedro. *Teoría de la constitución*, Ed. Astrea, Argentina, 2001, p.107.

⁴³⁰ Moderne, Franck. *¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social...*, p.496.

⁴³¹ García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 2ª ed., 10ª reimpresión, Madrid, 1985, p.18.

Se pretende abordar una serie de elementos (nuevo o no), que sin desmerecer los llamados principios o elementos “clásicos”; puedan adaptarse, incluso mejor que aquellos, dentro del Estado social; o al menos sin tantos esfuerzos argumentales (como ocurrió en su tiempo con la «igualdad» –porque al principio solo unos pocos eran *iguales*-; o con la «dignidad humana» -porque solo algunos eran considerados *dignos*- y con la «justicia social» -por todo el rollo ideológico que ello supone-).

Afirmamos esto con la convicción de que este modelo tiene unas características bien especiales que pueden ayudar a mejorarlo como producto; de suerte que quizá sea cierto que “el Estado liberal se construye sobre los derechos civiles y políticos y el Estado social lo hace sobre los derechos sociales⁴³²”. Si es así, no es difícil entender que cada uno tendría una serie de principios que mejor se “adaptan” a sus circunstancias. Tiene razón Duverger al postular que las constituciones que se promulgan siguiendo los contenidos de la mejicana de 1917 (Estado social desde la Constitución), se caracterizan por la “recepción de nuevos principios jurídicos y políticos⁴³³”. Entonces, si esto es cierto como parece; también tendría razón Fernández García cuando planteaba la necesidad de que los derechos sociales y económicos exigían *nuevas estructuras* acorde con su peculiaridad⁴³⁴; y esta parece la oportunidad de ocuparnos de ese tema.

Así las cosas, se concede real importancia a esos *nuevos principios del Estado social* de los que hablaba Lucas Verdú⁴³⁵, y agregamos, allí donde la «solidaridad» tiene todavía mucho que dejar; no en el sentido de la solidaridad

⁴³² Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.25.

⁴³³ *Cit.* por Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel Ciencia Política, Ed. Ariel, Barcelona, 6ª ed., 1980. [4ª reimpresión 1988, Editado en Colombia, 1993, p.598].

⁴³⁴ Fernández García, Eusebio. *Valores constitucionales y derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé De Las Casas”, Nro.45, Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p.55

⁴³⁵ Lucas Verdú, Pablo. *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984, p.82.

como valor de la humanidad⁴³⁶; sino más específicamente como elemento de raigambre constitucional según los textos en estudio junto a la importante doctrina que le avala. De entrada convenir en Khon, que el argumento de la solidaridad habría sido considerado con indudable recelo por la corriente liberal, porque había asumido el de la libertad en el empeño de clara delimitación de los derechos individuales, esto es, en una paulatina imposición de la esfera de lo privado a expensas y en pro de la disolución de la esfera pública⁴³⁷.

La aceptación de la solidaridad como componente constitucional (aglutinador y compatible con el resto de elementos); permitirá asumir la toma de acciones concretas por los órganos de los poderes públicos; tal como se explica enseguida.

2.1. La solidaridad como «principio» en la CE.

Referidos a su Carta política, aunque Orza Linares sostenga en principio que no existen en dicho texto “mecanismos técnico-jurídicos estrictamente propios del Estado social y democrático de Derecho”⁴³⁸; reconoce adelante que un debido entendimiento de la “fórmula constitucionalizada del artículo 1” [se está refiriendo a la que contiene la cláusula de Estado social], conllevará a “una determinada utilización de los mecanismos técnicos que, adheridos a los diferentes componentes de la definición de Estado, aparecen, en distinto grado de concretización, a lo largo del articulado de la Constitución⁴³⁹”. Es en ese sentido respecto a la «concreción»

⁴³⁶ Vid., Pastor, Santos. *Estado, mercado, eficiencia y equidad*, en: Derecho y economía en el estado social (Obra colectiva), Madrid, 1998, p.194.

⁴³⁷ Köhn, Carlos. *Praxis comunicativa y participación política: apuntes para la construcción de un espacio público democrático*, en: Discurso político y crisis de la democracia. Reflexiones desde la filosofía social, la ética y el análisis del lenguaje, Cuadernos de postgrado, nro.12, 2ª ed., Caracas, 2000, p.45.

⁴³⁸ Orza Linares, Ramón María. *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Estudios Jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Ed. Comares, Granada, 2003, p.77.

⁴³⁹ Ob. Cit., p.77.

del Estado social, donde conseguimos articular la solidaridad en comprensión de la cláusula del Estado social.

La solidaridad constituye, desde nuestra perspectiva, en un elemento transversal –y quizá el más importante según Peces-Barba⁴⁴⁰– en todo el entramado del Estado social, sin el cual, podemos estar refiriéndonos a cualquier otro tipo de Estado; más no será un «Estado social». Pero además de la interpretación de la cláusula del Estado social, al revisar el marco constitucional español, se observa que dos de sus preceptos contienen alusiones directas y expresas a la «solidaridad» dentro de los elementos básicos en ese Estado social.

En primer lugar, destaca el artículo 2º CE:

“La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y **la solidaridad** entre todas ellas”. (Resaltado nuestro).

Adicionalmente, se proyecta la *solidaridad como un principio rector* en relación a las comunidades que integra dicha Nación, cuando el artículo 138.1. CE, al regular sobre «Equilibrio económico territorial», preceptúa:

“El Estado garantiza la realización efectiva del **principio de solidaridad** consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular (...)” (Resaltado nuestro).

Tal como se observa, ambas regulaciones tienen dos contextos distintos pero a su vez linealmente relacionados. La primera regulación aparece dentro del Título Preliminar (implicando la importancia que el Constituyente le imprime a este tema⁴⁴¹); pero además, que lo desarrolla en esa interacción de las distintas

⁴⁴⁰ Vid., Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derecho y Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Nro.32, Colección El derecho y la justicia, Madrid, 1993, p.77.

⁴⁴¹ Sobre este aspecto razona el profesor De Cabo Martín, que es perfectamente coherente que sea precisamente en esta materia –se refiere a la autonómica– donde la solidaridad alcance su más clara expresión, con fuerza de haberse situado nada menos que en el Título preliminar. De Cabo Martín,

nacionalidades y autonomías que forman parte de su territorio⁴⁴²; y la segunda regulación aparece también relacionada con dicho predicamento, en el sentido de proponerse en esa integración territorial abordarla desde el principio de la solidaridad como elemento central (o integrador) de la Nación.

La importancia es capital, al entender que el constituyente español ha colocado a la solidaridad en relación a un tema tan “complejo” como las distintas nacionalidades y regiones que hacen vida en esa Nación. Es decir, se presenta justamente como elemento “puente” entre el resto de valores y principios, pero principalmente con el objeto de buscar tal integración a través de su conducto.

2.2. La solidaridad como «valor superior» según la CRBV.

Una muy escueta regulación de la Constitución de 1947 hacía referencia a la solidaridad, precisamente relacionada con el *derecho a la educación*, cuando sostenía que la educación pública estaba orientada “a desarrollar el espíritu de solidaridad humana⁴⁴³” (Art.54); regulación que desaparece con la Constitución de 1961.

En cambio, dispone expresamente el artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999):

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la **solidaridad**, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.
(Resaltado nuestro).

Carlos. *Teoría Constitucional de la solidaridad*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid-Barcelona, 2006, p.94 y p.96.

⁴⁴² Entre otros, véase Asenjo, Oscar de Juan. *La constitución económica española, iniciativa económica versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, colección de estudios constitucionales, Madrid, 1984, p.254.

⁴⁴³ *Cit.*, en: Almécija Bermúdez, Juan. *La cultura en la educación venezolana, en: Aproximación a nuestra cultura*, Fundación Venezuela positiva, Caracas, 2011, p.124.

Según lo observado, la solidaridad se proyecta allí en lo interno como un «valor superior»; lo que indica la importancia que dedujo el Constituyente venezolano acerca de la referida noción. La presencia de la vigente Constitución de 1999 de la solidaridad como valor superior le imprime una serie de consecuencias, sobre todo a los poderes públicos respecto a los ajustes que deben hacer en las políticas de Estado; así que tenga sentido ahora la expresión de Duguit, quien “admite la necesidad de una intervención enérgica de los poderes públicos a favor del débil⁴⁴⁴”; sobre todo por los desequilibrios sociales producidos por el Estado liberal; en virtud de lo cual, reviste importancia las nociones de previsión y solidaridad en cuanto al papel del Estado⁴⁴⁵.

Combellas, constituyente venezolano del texto vigente, asume la importancia que tiene este elemento de la solidaridad pero desde la perspectiva de los derechos humanos. Para este autor, dicho elemento se postula como un elemento rector; que debía ser entendido, dice, como la «contribución común» de toda la sociedad⁴⁴⁶. Lo que dice este autor, con relación al contenido del artículo 2º citado, es consustancial con alguno de sus componentes al relacionar varios de los valores superiores citados allí: *los derechos humanos, la responsabilidad social y a la solidaridad*.

Todos estos datos encontrados en la CRBV, revela el interés que le imprimió el Constituyente al elemento de la solidaridad; clave si se quiere entender los roles de ese Estado interventor que supone como Estado social de derecho. Implica asumir una serie de acciones de los órganos de los poderes públicos bajo esa dinámica.

⁴⁴⁴ Moreneo Pérez, José L. y González, José. «La Teoría Jurídica de León Duguit» (presentación) que aparece en Duguit, León. *Manual de Derecho Constitucional*, Colección crítica del derecho, sección Arte del derecho, J. L. Moreneo Pérez (Dir.), Ed. Comares, Granada, 2005, p.XLIII.

⁴⁴⁵ *Ob. Cit.*, XLIII.

⁴⁴⁶ Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Núm. XLVI, Caracas, 1990, p.145.

2.3. La solidaridad a la luz de la doctrina: el momento de identidad entre España y Venezuela.

Revisado atrás el lugar y categoría con que cada Constituyente de España y Venezuela respectivamente reguló la «solidaridad» (CE en forma de *principio*; CRBV en forma de *valor superior*); se pasa ahora a un punto conforme el cual, un sector de la doctrina presenta una serie de argumentos -que aquí se resumen-, que logran alguna homologación de este elemento como un valor.

Este capítulo se inspira en la posición original de Peces-Barba (la cual es seguida por otros más), que está reproducida en varias de sus obras acá revisadas. Para explicar el Estado social de derecho, dicho autor es del criterio que: “La solidaridad se integra con los demás valores, libertad, seguridad jurídica e igualdad⁴⁴⁷”. Lo interesante de esta afirmación, es que muy a pesar de que se reconozca que en la CE no aparece prescrita tal regulación en ninguno de sus elementos básicos; en sus palabras, **la solidaridad se constituye en un valor superior propiamente dicho que incide en la organización de la sociedad toda**⁴⁴⁸. En términos similares para Rodríguez Olvera, el mismo puede operar como «principio-valor⁴⁴⁹».

Ora, antes de examinar las consecuencias que se consiguen con tal posición, debemos responder qué se entiende por solidaridad y cómo es que llega a tener carácter de valor constitucional. El término «solidaridad», en lenguaje ideológico, siguiendo a Pontier –citado por Bassols-, conduce a afirmar que se trata de una de esas categorías de aquellas nociones de filosofía que se prestan a las más diversas discusiones (sobre si su genealogía pertenece a las más diversas doctrinas de la derecha o de la izquierda⁴⁵⁰). Un rápido recuento acerca de los orígenes de la

⁴⁴⁷ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Colección derechos humanos y filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.177.

⁴⁴⁸ *Ob. Cit.*, p.178.

⁴⁴⁹ Rodríguez Olvera, Oscar. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*, Ciencia política y derecho, Ed. Comares, Granada, 1998, p.67.

⁴⁵⁰ *Vid.*, Bassols Coma, Martín. *Constitución y sistema económico*, Temas clave de la Constitución Española, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988, p.96 (nota al pie).

solidaridad, nos llevará con este mismo autor a aceptar que fue introducido en la lengua francesa por los redactores del Código Civil de 1804. Asimismo, que dicho término adquiere «carta de naturaleza» en el lenguaje político, de la mano del socialista francés P. Leroux, quien hace referencia a la necesidad de «sustituir la caridad cristiana por la solidaridad humana⁴⁵¹». Esta última afirmación respecto de sus orígenes es convalidada por García Bouzas, quien atribuye tal carta de nacimiento con el libro que el mismo Pierre Leroux publicó en 1863 (*La grève de Samarez, poème philosophique*, París, 1863⁴⁵²); y es parecida a la opinión de Álvarez, quien atribuye a Emile Oliver en 1864 la formulación del término *solidaridad*, pero basado previamente en el sistema «solidaridad social» que ya tenía tiempo en Francia desde la época de Leroux⁴⁵³. A partir de allí, otros autores desarrollarán sus respectivas visiones acerca del fenómeno de la solidaridad; al punto que incluso se hable –con García Bouzas- sobre la existencia de la escuela francesa de la solidaridad social como causa determinante del orden jurídico⁴⁵⁴.

Luego de esas primeras aproximaciones históricas expuestas a modo de resumen, pasemos enseguida a analizar ciertas contribuciones de diversos autores para entender mejor este elemento y sus aportes. En el caso de Nino –por ejemplo, citado por Vidal- señala que:

“el Estado social y democrático de Derecho define la solidaridad como un deber general positivo, exento de contraprestación recíproca que exige un *do ut no des* y comporta una causa de liberalidad que implica onerosidad. Su dimensión política percibe los derechos humanos como acciones positivas de los poderes públicos que justifican la adscripción de obligaciones de hacer y convierten en relevante el concepto de omisión⁴⁵⁵”.

⁴⁵¹ Bassols Coma, *Ob. Cit.*, p.97. (en nota al pie).

⁴⁵² García Bouzas, Raquel. *La república solidaria*, Universidad de la República, CSIC, Biblioteca plural, Montevideo, Uruguay, 2011, p.78.

⁴⁵³ Álvarez, Julio C. *Restricciones de los derechos fundamentales*, Vadell hermanos Editores, Caracas-Valencia, 2010, pp.110-111.

⁴⁵⁴ García Bouzas, Raquel. *La república solidaria...*, pp.67 y ss.

⁴⁵⁵ *Cit.* por Vidal, Ernesto. *Los derechos de tercera generación*, en: Manual de Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI, Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra, Thomson Aranzadi, 1ª ed., Navarra, 2006, p.130.

La práctica alemana de la postguerra puede ser (otra vez) buen ejemplo para explicar este argumento que se obtiene desde la solidaridad, porque en ejecución e interpretación del Estado social, se dieron ciertas acciones políticas que atendían circunstancias especiales derivadas de la guerra para beneficiar a algunos grupos de personas en condiciones especiales (directamente afectados que perdieron propiedades, empleos y condiciones físicas) que a la postre, beneficiaba a *todos* (como Nación). Se explica mejor con Benda al sostener que “el principio de solidaridad legitima una normativa sociopolítica a través de la que se distribuyen justamente las cargas y se suavizan perjuicios de determinados grupos sociales con la consiguiente carga para otros estratos⁴⁵⁶”. La asunción de tal criterio, implica “el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás⁴⁵⁷”. Es allí donde se entiende como obligación estatal deliberada y a su vez como un ejercicio desinteresado (y al mismo tiempo motivado por razones de conveniencia) de la comunidad.

En este sentido, en el tema de los deberes comunes la solidaridad guarda una característica especial. Así pues, entiende Peces-Barba que: “A diferencia de los demás valores que fundamentan directamente derechos, la solidaridad lo hace indirectamente por el intermedio de los deberes⁴⁵⁸”. Para entender mejor esto, imaginemos las leyes o políticas que impongan (deberes) a los empresarios de responsabilidad social (subvenciones, dando empleos, colaborando con obras benéficas, etc.); que redunden al final en sus propios beneficios fiscales. En este caso, es posible identificar lo que Garrorena se propone conseguir como *unas*

⁴⁵⁶ Benda, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*, en: Manual de Derecho Constitucional (Obra Colectiva), Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p.535.

⁴⁵⁷ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección derechos humanos y filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.178.

⁴⁵⁸ *Ob. Cit.*, p.179.

mínimas cuotas de moral solidaria que se desprenden de la cláusula Estado social⁴⁵⁹.

En la perspectiva de Peces-Barba, la solidaridad permite entender el enfoque de nuevos derechos. Entre estos, los concernientes al medio ambiente; o los derivados de ciertas circunstancias especiales de grupos afectados por razones culturales (mujeres); físicas (niños y ancianos), psíquicas (personas con discapacidad) o en situación de afectación social general (consumidores); que por determinada situación puntual, se encuentran en determinada situación de “inferioridad”; cuyos derechos no estarían cubiertos por los genéricos derechos del hombre y del ciudadano⁴⁶⁰. En ese razonamiento, todos los miembros de la comunidad, en algún momento, podrán encontrarse en alguno de estos grupos de intereses y necesitarán de las políticas correspondientes. Allí es donde reside la fortaleza de su predicamento. Si se prefiere, se trata de un argumento de “conveniencia” individual para que las cosas funcionen bien en “colectivo”.

La importancia que este autor le imprime a la solidaridad no es cualquiera, al considerar que no solo la aparición que nuevos derechos fundamentales obedezcan principalmente al «valor solidaridad»; sino que además, que ese elemento ha sido la base sobre el impulso real de los seres humanos que “deben estar en igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos⁴⁶¹”. Por consiguiente, afirma: “Sería un error para los defensores de la solidaridad como valor superior en el Estado social cerrar los ojos ante este diagnóstico y continuar con el discurso tradicional⁴⁶²”. En cierto sentido, parece coincidir con Edgar Morin (*La solidaridad y las solidaridades*), citado por Rodríguez-Arana, cuando reconoce que el problema de la «solidaridad» en sí misma es irresoluble en el marco

⁴⁵⁹ Garrorena Morales, Ángel. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Temas clave de la Constitución española, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p.249.

⁴⁶⁰ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales...*, pp.179-180.

⁴⁶¹ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales...*, p.180.

⁴⁶² Peces-Barba M., Gregorio. *Derecho y Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Nro.32, Colección El derecho y la justicia, Madrid, 1993, p.76.

tradicional de una política que se practica por decreto o programa⁴⁶³. Es obvio que de mantenerse la misma posición actual (tradicional que racionaliza el poder desde un formalismo), se impediría ejecutar el plan de acción del Estado social. Ora, la solidaridad “individual” no se predica sola. Con esa línea de acción, desde la solidaridad se puede entender *más fácilmente* un Estado como prestador de servicios básicos (para todos); aunque al final requiera del concurso del resto de los elementos (igualdad, libertad, etc.).

Con la obra de Ordoñez Solís se llega a concluir que en la evolución del «Estado social de derecho», **los derechos de solidaridad están vinculados a los derechos económicos y sociales**⁴⁶⁴. Entonces si bien “no es único [elemento] que opera en la concepción científica de la cultura de los derechos sociales⁴⁶⁵”, es evidente que desde éste es más sencillo aglutinar al resto de elementos (igualdad, dignidad, justicia social) para la defensa de una serie de «derechos sociales básicos» para todos. Es lo que hace entender su transversalidad dentro del sistema del Estado social. Conlleva un cambio de concepción, ergo, de razonamiento bien distinto de predicar el Estado social solamente desde la perspectiva de los valores “clásicos” de igualdad y dignidad. Estamos hablando de proyectar una tendencia más colectiva en clave plural: lo que es bueno para *todos*, es igualmente bueno para cada uno de *sus integrantes* (de ese todo). Por ende, no obstante que buena parte de la doctrina se inclina por explicar al Estado social desde el valor igualdad e incluso desde la dignidad, más específicamente respecto de los derechos sociales, insistimos que ambas perspectivas estarían incompletas sino se complementan con otros elementos más propios del propio Estado social.

Estos argumentos lo que permiten es ratificar el interés de elevar la importancia de la solidaridad, que sin competir con el resto de elementos; se

⁴⁶³ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. *Nuevas claves del Estado de bienestar. Hacia la sociedad del bienestar*, Temas básicos de Derecho Administrativo, Ed. Comares, Granada, 1999, p.35

⁴⁶⁴ Vid., Ordoñez Solís, David. *La protección judicial de los derechos de solidaridad*. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores, Estudios de derecho administrativo, nro.17, Ed. Comares, Granada, 2006.

⁴⁶⁵ Rodríguez Olvera, Oscar. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*, Ciencia política y derecho, Ed. Comares, Granada, 1998, p.67.

impliquen *más* unos otros. De esta manera, asumiendo con Peces-Barba que la solidaridad sea un «valor» –a pesar que el Constituyente español lo regule como principio y el Constituyente venezolano si lo regule como valor-; promovemos la postura de que los derechos sociales son «derechos solidarios» en sí mismos.

Nuestra posición es consustancial con la que defiende Gooddard; para quien los «derechos sociales» son –al mismo tiempo- deberes de solidaridad (coincidiendo en esto último con Peces-Barba), los cuales fomentarían “políticas” que incluya órganos estatales y ciudadanos⁴⁶⁶ tanto a nivel nacional e internacional. Pero lo que más nos gusta de su enfoque, es cuando afirma la necesidad de asumir un compromiso desde la «cultura de la solidaridad»; pues con esa perspectiva implicaría entender ciertos derechos tales como nivel de vida digno, un trabajo, la mayor salud posible y el *acceso a la educación*⁴⁶⁷. Esta última mención es obviamente importante en nuestra tesis, porque nos *llevaría estudiar si el acceso a la educación implicaría en sí mismo el contenido mínimo constitucional (expreso o implícito)*.

Finalmente, teniendo en cuenta la relevancia que otorga Peces-Barba a la solidaridad como valor; son ahora más interesantes las formulaciones que se leen en el resto de la doctrina; precisamente en favor de la solidaridad como elemento clave en la comprensión del Estado social, aunque por lo general requiera del conjunto de elementos que llamaremos “clásicos” (Ruiz- Ruiz⁴⁶⁸; Fernández Ruiz-

⁴⁶⁶ Adame Gooddard, Jorge. *Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad*, en: *Derechos fundamentales y Estado*, M. Carbonell (Coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, México, 2002, p.77,

⁴⁶⁷ *Ob. Cit.*, p.85.

⁴⁶⁸ Ruíz Ruíz, Ramón. *Los valores jurídicos superiores y los derechos fundamentales*, en: *Tutela de derechos en sede jurisdiccional*, E. Espinosa-Saldaña Barrera, G. Ruiz-Rico Ruiz, A. del Real Alcalá (Coords.), Consejo General del Poder Judicial y Universidad de Jaén, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2012, p.107.

Gálvez⁴⁶⁹; Bassols⁴⁷⁰; Vidal⁴⁷¹; Rodríguez Arana⁴⁷²; Porras Nadales⁴⁷³; Martínez de Pisón⁴⁷⁴; Rodríguez-Arias Bustamante⁴⁷⁵).

Asimismo, destacar que así como la «dignidad» y la «igualdad» (especialmente) fueron los elementos contingentes *del* Estado liberal burgués –y que luego se prestaron a los cambios *en el* Estado social-, **es la «solidaridad» el elemento fundante y por ende transversal del Estado social, desde el cual se predicen las políticas de inclusión**, los derechos de contenido prestacional. Esta construcción doctrinal de Peces-Barba de elevar en el caso español a la solidaridad como un valor, es lo que nos mueve a afirmar que es allí *el momento de identidad con el texto constitucional venezolano en donde la solidaridad se recoge como valor superior* (Art.2 CRBV).

2.4. Razones por las cuales a través de la solidaridad se precisan unos contenidos mínimos constitucionales (en especial en la educación gratuita).

Siguiendo la teoría que desde la solidaridad se consigue ese elemento articulador, *por qué no*, transversal de todos aquellos que logra sumar; consideramos que en su conducto es posible determinar unos contenidos mínimos en el derecho a la educación *a nivel* constitucional (en lo prestacional). Incluso,

⁴⁶⁹ *Cit.* por Vidal, Ernesto. *Los derechos de tercera generación*, en: Manual de Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI, Garrigues Cátedra, Univ. de Navarra, Thomson Aranzadi, 1ª ed., Navarra, 2006, p.130.

⁴⁷⁰ Bassols Coma, Martín. *Constitución y sistema económico*, Temas claves de la Constitución Española, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988, p.96.

⁴⁷¹ Vidal, Ernesto. *Los derechos de tercera...*, p.130.

⁴⁷² Rodríguez-Arana, Jaime. *Los derechos fundamentales en el estado social y el derecho administrativo constitucional*, Revista de derecho público, 1980-2005, Ed. jurídica venezolana, 2006, p.211.

⁴⁷³ Porras Nadales, Antonio, *Estados estatutarios y defensores del pueblo*, en: Teoría y práctica en España e Italia, Universidad de Jaén, marzo, 2014, p.21.

⁴⁷⁴ Martínez de Pisón, José. *Políticas...*, p.106.

⁴⁷⁵ Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. *Comunitarismo, americanismo, Derecho*. Hacia una clase media universal, Consejo de publicaciones, Universidad de Los Andes, Ed. Livrosca, Caracas, 1998, págs. 4, 30 y 39.

quienes no sean propensos a sostener el intervencionismo estatal (por los supuestos altos costos o porque simplemente es contraria a cualquier otra ideología distinta a la progresista), pueden verse reflejados en el bien común que surge de una sociedad más organizada; en donde el nivel educativo esté por encima del promedio general. Más cultura, mejor conocimiento de sus derechos, mejor comportamiento ciudadano; más comprensión de sus deberes, mayor orden, en fin, mejor democracia.

En ese aspecto, es interesante la posición que asume Martínez de Pisón cuando sostiene en la solidaridad el *canal para establecer unos contenidos mínimos o vitales*⁴⁷⁶. Así que estamos consiguiendo algunos insumos al debate propuesto. De este modo, la solidaridad constituye frente a la igualdad, la dignidad, la justicia social; el elemento más “apropiado” (en nuestra perspectiva), ya que permite en su conducto “justificar” una serie de contenidos mínimos de derechos; más específicamente, en el campo del derecho fundamental a la educación gratuita.

A partir de este elemento se comprende mejor, por ejemplo, las distintas acciones de la agenda pública, temas tales como las subvenciones escolares, el otorgamiento de becas, ayudas sociales, el proveimiento de libros y materiales, así como accesorios y respuestas especiales para personas con discapacidades especiales, las construcciones de más escuelas, las mejoras de las condiciones generales de los profesores desde el punto de vista salarial, etc. Entre tantas cosas por hacer, y ya desde lo estrictamente prestacional; opinamos que el *quid* del asunto está en reconocer los contenidos mínimos de los derechos llamados educativos; de allí que este trabajo intenta dar ciertas líneas maestras en esa dirección. Serán derechos solidarios aquellos estrictamente en la base de todos los derechos sociales; pero lo es más en el caso especial del derecho a la educación gratuita, precisamente por su naturaleza⁴⁷⁷. Así que ya estamos adelantando en

⁴⁷⁶ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p.106.

⁴⁷⁷ Bolívar, Ligia. *El derecho a la educación*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, XXVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010, p.2. Disponible: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25566.pdf> (marzo, 2014).

materia: la doctrina se ha venido encargando de desarrollar las conexiones entre solidaridad y el derecho a la educación⁴⁷⁸.

Partiendo de esta idea, bajo la premisa que todo derecho (y con mayor razón el derecho a la educación gratuita) tiene a su vez un contenido mínimo; resulta apropiado *conseguir ese mínimo educativo desde la solidaridad*; en la certeza de transversalizar el resto de elementos tanto del Estado liberal como del Estado social. Mucho después es que corresponderá el debate de quién es el autorizado o ante quién se plantearía mejor la resolución o determinación de ese contenido mínimo. Hasta ahora, tal escenario ha sido compartido por el legislador primeramente y los tribunales cuando corresponde.

2.4.1. Posiciones críticas acerca de la universalidad del servicio.

No toda la doctrina progresista se manifiesta a favor de la universalidad del servicio en materia de los derechos sociales; al encontrarse un pequeño pero importante sector que contraría esa posibilidad con la tesis de que *deberían administrarse mejor los recursos en tal reparto prestacional y concederlo verdaderamente a los más necesitados*.

Se trata de un tema central que deben debatir los teóricos de las ciencias sociales; dice Peces-Barba⁴⁷⁹. El punto de partida, como indica Prieto Sanchís⁴⁸⁰, es los derechos prestacionales no son derechos racionales sino derechos históricos, en el sentido de que su proveimiento depende de una decisión previa acerca del

⁴⁷⁸ *Vid.*, Aláez Corral, Benito. Principio de solidaridad y derecho a la educación, en: Los derechos sociales como instrumento de emancipación, N. Martín (Coord.); M. A. Presno Linera e I. Wolfgang Sarlet (Eds.), Aranzadi, nro.646, España, 2010.

⁴⁷⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.191.

⁴⁸⁰ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Centro de estudios constitucionales, núm.22, sept-dic., España, 1995, p.14.

reparto de recursos, razón por la cual no pueden adoptarse en abstracto ni en forma universal.

La acusación de Peces Barba contra la visión universal de los derechos fundamentales como validez para *todos* los tiempos (en ejercicio de una universalidad racionalizada), opera justamente porque constituye una descontextualización también de los derechos (en el tiempo). Dejando de lado los hechos históricos que lo llevan a explicar su posición, se revela en contra del universalismo de tipo racional propio del universalismo histórico y espacial, recordando que es en la Declaración de 1789, donde se consigue la génesis de los derechos naturales, inalienables e iguales para *todos*, donde deriva la universalidad (refiriéndose a un tipo especial de derechos: *los individuales*⁴⁸¹).

Continúa exponiendo que la concepción de universalidad pretende imponer su modelo de ética “privada” a través de la ética “pública”⁴⁸². Por estas razones, dicho autor resume en tres dimensiones esta cuestión (la corrección positivista; la corrección histórica y la corrección realista). Deduce que la positivista actúa sobre la dimensión iusnaturalista del universalismo; que la histórica actúa sobre la idea de la razón abstracta y que la realista aborda las dimensiones fácticas, económicas y sociales de los derechos en la incidencia sobre la idea de universalidad⁴⁸³. Respecto de lo primero, defiende la tesis que no puede mantenerse la propuesta de la universalidad en el modelo abstracto porque los derechos no lo son hasta que se incorporan completamente al ordenamiento positivo⁴⁸⁴. Para explicarse aborda primero el tema de la universalidad de la moralidad básica, entendida como una construcción teórica basada en la vocación de universalidad en que se fundamentan los valores básicos que arrancan de la idea de dignidad humana⁴⁸⁵. En ese orden, responde lo universal serían los valores morales que hacen la vida social conforme

⁴⁸¹ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales...*, p.195.

⁴⁸² *Ob. Cit.* p.197.

⁴⁸³ *Ob. Cit.* p.199.

⁴⁸⁴ *Ob. Cit.*, p.201.

⁴⁸⁵ *Ob. Cit.* p.202.

a esa dignidad humana; de allí que hablar de universalidad de los derechos fundamentales en ese sentido racional, sería sostener la universalidad de esa moralidad básica como fundamento de los derechos y la presencia de todos los individuos como destinatarios de los mismos⁴⁸⁶.

Con relación a la universalidad espacial a la que encontraría los mismos argumentos anteriores, le agrega las dificultades propias del Derecho internacional de los derechos fundamentales, sobre todo en temas tan complejos como el monopolio efectivo de la fuerza, escasez de recursos, control de producción, etc.⁴⁸⁷ Por tanto, el proceso de especificación de los derechos a los que llama del “modelo inicial” de la ética pública, estarían destinados solo a aquellos sujetos titulares de los de primera generación, es decir, no abarcarían los «derechos colectivos⁴⁸⁸» (que se predicen o son situados por razones culturales, sociales, físicas o económicas de determinados sujetos que han estado en una situación de inferioridad y que se tratarían como derechos fundados en el valor igualdad). Estos derechos se aplicarían a ciertos “colectivos” (como mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad) a los que se aplican criterios distintos a los derechos subjetivos y demás libertades⁴⁸⁹. En tales «derechos colectivos» *podrían encontrarse* a los derechos sociales, económicos y culturales⁴⁹⁰; que son derechos específicos (que no abarcan a todos los seres humanos⁴⁹¹); por consiguiente, habría que estudiar el sentido de la universalidad en ellos.

Postula que el concepto de universalidad debe sostenerse (mantenerse) únicamente en presencia de los primeros (derechos clásicos), por ser la posición

⁴⁸⁶ *Ob. Cit.* p.203.

⁴⁸⁷ *Ob. Cit.*, p.202.

⁴⁸⁸ Sobre los derechos colectivos puede consultarse los comentarios de Joseph Raz; A. Buchanan, Owen Fiss, Carlos Santiago Nino; Guido Corso, todos citados en Arango, Rodolfo. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Universidad. Nacional de Colombia, Ed. Legis, 1ª ed., Bogotá, 2005, pp.80 y ss.

⁴⁸⁹ Peces-Barba M, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales...*, pp.204-205.

⁴⁹⁰ *Ob. Cit.*, p.205.

⁴⁹¹ *Ob. Cit.* p.206.

original liberal⁴⁹². Por tanto, si la universalidad de aquellos derechos originales constituye el *punto de partida*, tendría que negarse ese rastro a los derechos colectivos⁴⁹³. Destaca “la utilización de los derechos fundamentales para resolver esos problemas atribuyendo derechos a esos colectivos específicos”, esto es, “construyendo derechos no **para todos sino solo para los que necesitan el restablecimiento de la igualdad**”. (Resaltado nuestro). A eso es lo que denomina *universalidad como punto de llegada*, porque su objetivo (a diferencia de la *universalidad como punto de partida*) es restablecer o acercarse a la equiparación de todos⁴⁹⁴.

La última objeción de Peces-Barba estaría relacionada con los costos que esa universalidad implicaría en el seno del Estado social, aludiendo al consecuente déficit económico para advertir los peligros de que se conceda unos derechos (como universales) a todos, incluyendo ante aquellos que no los necesitan⁴⁹⁵. Con relación al tema de los costos (donde incluye al derecho a la educación), considera como un exceso “injustificado” –se queja- proveerles estos derechos a personas que tienen posibilidades de satisfacerse por sí mismos de dichas necesidades (aquellas que tengan una capacidad económica suficiente⁴⁹⁶). Se refiere a esta acción como un despilfarro sin razón; y aunque es consciente de las dificultades prácticas de su puesta en vigencia, en cualquier caso, asume que puede ser una solución –dice- a los problemas de escasez de recursos que están en la raíz de la crisis del Estado social⁴⁹⁷.

Estas ideas por demás de interesantes; solo caben mencionarlas en el concurso de ideas. Pues, a lo que al derecho a la educación se refiere, no estamos en capacidad de discutir con el maestro si será conveniente o no (como éste niega)

⁴⁹² Peces-Barba M, Gregorio. *Lecciones de derechos...*, p.207.

⁴⁹³ *Ob. Cit.*, p.208.

⁴⁹⁴ *Ob. Cit.*, p.209.

⁴⁹⁵ *Ob. Cit.*, p.210.

⁴⁹⁶ *Ob. Cit.*, p.211.

⁴⁹⁷ *Ob. Cit.*, p.211.

solo proveer este derecho a quienes tengan los recursos económicos para costearlos. La tesis que acá se abarca está prevista en clave abstracta, y sin posibilidad de distinguir en torno a las necesidades/capacidades. Es decir, lo que se plantea es *conceder el ejercicio del derecho a la educación en su sentido prestacional para todos por igual*. En esa parte, la Constitución no debería hacer tales distingos; y tampoco estamos en capacidad de discutir a fondo la conveniencia o no de la universalidad que niega Peces-Barba para los derechos sociales.

2.4.2 Consecuencia de la solidaridad: De la universalidad del servicio de la educación.

Frente a las objeciones descritas en el punto anterior; por otro lado, se consigue que desde la solidaridad puede “justificarse” mejor las acciones, procedimientos y recursos *en favor de otros*, bajo el razonamiento “individual” de que elevar el nivel de vida *de cada uno* (significará que ese derecho también nos corresponda en lo individual exigirlos). Se trata de una característica proveniente del derecho internacional humanitario para ser trasladada al sector (constitucional) de los derechos fundamentales, constituyendo precisamente uno de los temas más comprometidos en demostrar, que *todos* los seres humanos tienen igual ejercicio de *todos* los derechos. No es este el lugar de explicar las teorías a favor y en contra, solo mencionar en forma general de cómo se razona el tema de la universalidad de los derechos (para trasladarlo luego al derecho a la educación gratuita).

Según Alexy, conforme al *principio de universalidad de los derechos humanos* todos los hombres tienen determinados derechos⁴⁹⁸; aspecto éste al que también se refiere Nino; desde la justificación para todos los seres racionales o

⁴⁹⁸ Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*, Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho, Nro.1, Universidad de Externado, Bogotá, Colombia, 1ª ed., 2005, 5ª reimpresión, 2009, p.62.

semejantes⁴⁹⁹. Pero hay que puntualizar, que tal concepción de los derechos humanos desde su universalidad se hace desde una perspectiva liberal⁵⁰⁰; por ende, desde la visión dominante que imprime mayor importancia y determinación a los llamados derechos de primera generación (civiles y políticos). Por esa razón, el mismo Alexy es capaz de reconocer que las objeciones por sus orígenes (“liberales”) se acrecientan en vez de disminuir, sobre todo en materia de contenidos y la *universalidad*⁵⁰¹. Estamos pues ante un desafío. Se trata de un verdadero obstáculo (como contestarán distintos autores) la atribución de la universalidad de los derechos humanos que luego se configuran en la forma de derechos fundamentales.

Como la universalidad se viene asociando al concepto de ciudadanía (nacional), es positivo –parcialmente- al atribuirle homologación de ciertos sujetos como miembros de un colectivo susceptible del disfrute de derechos humanos; ora, es negativo al dejar fuera de la supuesta “universalización” de los derechos humanos a ciertos sujetos que no ostentan la condición de ciudadanos⁵⁰². Por esta razón el concepto de ciudadanía resulta en sí mismo contradictorio y se erige entre otros obstáculos ante el determinismo de la universalidad con que se quiere asociar a todo derecho humano. Se trata pues de verdadero *límite; de una categoría* que en palabras de T. H. Marshall –citado en Duque Corredor- “ha sido el arquitecto de una desigualdad legitimada⁵⁰³”.

Aunque que no es el lugar de presentar propuestas a este respecto; subrayamos que hay voces reticentes al manejo conservador del tema de la universalidad. En este orden, Pérez Luño admite que se está ante un reto: “Nunca

⁴⁹⁹ Alexy, Robert. *Teoría del discurso...*, p.62. La obra referida por Alexy es: Nino, Santiago. *The Ethics of Human Rights*. Oxford, 1991, pp.34 y ss.

⁵⁰⁰ *Ob. Cit.* p.63.

⁵⁰¹ *Ob. Cit.*, p.63.

⁵⁰² Por eso es que autores como Antonio Pele afirman que la concepción en el mundo “clásico” estaba referida a la igualdad de la *ciudadanía*. *Vid.*, Pele, Antonio. *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Instituto Bartolomé De las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p.26

⁵⁰³ *Cit.* por Duque Corredor, Román. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Temas constitucionales, Ed. Legis, 1ª ed., Bogotá, 2008, p.225.

como hoy se había sentido tan intensamente la exigencia de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas⁵⁰⁴”. En el mismo tenor, se quejará Ferrajoli que a pesar de que “la universalidad de los derechos humanos esté proclamada en las constituciones estatales y en las convenciones internacionales, se trata de una cuestión irresuelta⁵⁰⁵”. Se estaría en presencia –dice después- de una antinomia (al enfrentar derechos humanos y ciudadanía⁵⁰⁶). Sin desviarnos, solo comentar que Arango intenta resolver este acertijo tratando de establecer si los «derechos sociales fundamentales» son derechos de *todos*, de *ciudadanos* o de *clase*⁵⁰⁷.

Para razonar a favor de la universalidad, este autor consigue alguna identidad de los derechos sociales con los derechos generales positivos, es decir, los derechos sociales fundamentales. De ese modo, la universalidad del titular no se pierde –advierte- en la transformación de los derechos humanos en derechos sociales fundamentales (donde el Estado es sujeto obligado para posibilitar la realización de aquellos⁵⁰⁸). Sin embargo, está promocionando una idea que como sabemos, no consigue en este momento resolver el problema de la universalidad del servicio (que sería aplicable al derecho de educación gratuita); ya que aún se mantiene vigente la creación jurídico-política del estatus ciudadanía para hacerse “titular” de derechos en determinado territorio/país.

Dentro de nuestro razonamiento, podemos estar de acuerdo en las quejas que se consiguen en autores como Pérez Luño, Arango, Habbermas, Ferrajoli y otros de que se asuma la universalidad para todos (independientemente del estatus “cívico”), pero que no dejan de ser por momento un catálogo de buenas

⁵⁰⁴ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.597.

⁵⁰⁵ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p.38.

⁵⁰⁶ *Ob. Cit.*, p.45.

⁵⁰⁷ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos...*, p.66.

⁵⁰⁸ *Ob. Cit.*, p.91.

intenciones. En el supuesto que se “resolviera” el tema de la ciudadanía a los fines de verificar la condición del “titular” de derechos; acá solo hacemos referencia en forma genérica a las prestaciones mínimas universales, esto es, *aquellas que pertenecen a todos los ciudadanos de un país* (para intentar aterrizarlas en los contextos constitucionales de España y Venezuela). Estamos pues ante un debate inconcluso.

CAPÍTULO TERCERO.

DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y/O ENSEÑANZA GRATUITA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO DERECHO HUMANO.

1. LA EDUCACIÓN: SU “ADSCRIPCIÓN” COMO DERECHO HUMANO ANTES QUE SU RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL.

Aunque la proyección de esta tesis se plantea desde lo constitucional, es necesario subir un grado más en orden evolutivo al tenerse a la educación *también* (previamente) como *un* «derecho humano⁵⁰⁹». Habiendo ya trabajos más amplios en ese sentido⁵¹⁰; nos remitimos acá solo a unas reflexiones generales. Se empieza aceptando con Courtis acerca de la importancia que deviene “la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos⁵¹¹”; ya que desde esa dimensión se obtienen algunos datos relevantes al momento de intentar delimitar el «contenido mínimo» de los derechos sociales.

Arango (para explicar el carácter general de los derechos sociales), sostiene que “no basta simplemente recurrir a la Constitución. Se necesita ‘echar mano’ de la dimensión de los derechos humanos⁵¹²”. Tal circunstancia tampoco pasa desapercibida en Peces-Barba, al sostener que “es imposible una identificación de

⁵⁰⁹ Derechos humanos o derechos fundamentales entendido (en forma sinónima) como un *mínimo jurídico* que fue consensuado luego de un debate pluralista y racional a partir de los acontecimientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. *Cfr.*, Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismos y derechos colectivos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p.44.

⁵¹⁰ Entre otros: Chacón Mata, Alfonso. *Contenido y alcance del derecho a la educación en el ámbito internacional*, Actualidades Investigativas en Educación, Revista Electrónica publicada por el Instituto de Investigación en Educación, Universidad de Costa Rica, Volumen 7, Número 2, mayo-agos., 2007. Disponible: [file:///C:/Users/VISTA/Downloads/218-217-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/VISTA/Downloads/218-217-1-PB%20(1).pdf) (enero, 2015).

⁵¹¹ Courtis, Christian. *Los derechos sociales en perspectiva*, en: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, M. Carbonell (Edr.), Ed. Trotta, Colección Estructura y procesos, Serie Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Madrid, 2007, p.191.

⁵¹² Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Universidad Nacional de Colombia, 1ª ed., Colombia, 2005, p.67.

los derechos fundamentales sin considerar la dimensión internacional con la que se presentan⁵¹³”; predicamento que “admite mayoritariamente la doctrina⁵¹⁴”.

A pesar de tal reconocimiento doctrinal en favor de la cada vez mayor necesidad de acudir a los instrumentos internacionales en el fuero interno; como contrapartida, surge la idea generalmente aceptada que cada Estado asume ciertas obligaciones frente a sus ciudadanos (y frente a sus pares Estados en forma de tratados) para proveer los servicios de educación en la forma que mejor le “parezca”. Lo que más puede conseguirse desde lo “externo”, es darle a los Estados unas supuestas «obligaciones mínimas» generales, pero siempre conforme a los criterios que evalúen sus órganos públicos (es decir, otra vez reside en ellos la discrecionalidad).

En cualquier caso, se hace importante subrayar las declaraciones y pactos internacionales, en el entendido que “los derechos sociales fundamentales se conciben como derechos humanos⁵¹⁵”. Seguimos lo que algunos autores denominan *constitucionalismo global* –Gomes Canotilho⁵¹⁶–, para designar aquellas relaciones entre las fuentes internacionales e internas que conforme el bloque del respectivo país. Se está en presencia de una nueva relación legalidad y derechos humanos⁵¹⁷.

Entre los temas resaltantes de esta dinámica en materia de fuentes internacionales, es que a partir de la recepción «derechos humanos» también es posible deducir el «contenido esencial» de tales derechos en el fuero externo. Debe

⁵¹³ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.115.

⁵¹⁴ Peces-Barba, Gregorio. *Lecciones...*, p.116.

⁵¹⁵ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos...*, p.32.

⁵¹⁶ Gomes Canotilho. José Joaquim. *Teoría de la constitución*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nro.31, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp.46-47.

⁵¹⁷ Rey Cantor, Ernesto. *Principio de legalidad y derechos humanos*, en: Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica, Nro.99, UNAM, México, 2002, pp.551 y ss.

subrayarse, que se trata de una categoría relacionada pero diferente a la tesis del contenido esencial en el fuero interno como tendremos oportunidad de analizar).

En el entendido de que pueden los instrumentos internacionales perfilar a su vez sus propios contenidos esenciales de estos derechos; autores como Von Bernstorff sostienen al respecto, que tal *esencialidad* en materia de sus contenidos es un tema propenso a las dificultades, argumentando: “Aún si desde el punto de vista filosófico existiesen núcleos esenciales de los derechos humanos, no se cuenta con un método de conocimiento compartido por todos los observadores para apropiarse cognitivamente de dichos núcleos⁵¹⁸”. En razón de lo expresado hasta ahora, apreciamos alguna utilidad (en el plano teórico) con respecto de la instrumentalización de los derechos humanos en el concierto interno, para intentar resolver los *múltiples* problemas derivados para la determinación de tales contenidos esenciales de los derechos fundamentales.

1.1. La problemática en la identificación de unos «estándares mínimos» en derechos humanos.

La educación como «derecho humano» se supone indispensable⁵¹⁹. La tarea pendiente en buscar todo elemento que coadyuve a conseguir respuestas, nos lleva a realizar algunas consideraciones respecto a las bondades, pero también las dificultades que se predicen de la doble condición de derecho humano y de derecho fundamental que tiene el derecho a la educación. En nuestro caso, la discusión sobre derechos humanos y derechos fundamentales está superada⁵²⁰. Se trata

⁵¹⁸ Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial de los derechos humanos*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, p.155.

⁵¹⁹ Álvarez Chacín, Francisco. *Manual de Derechos humanos*, Edit. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, Venezuela, 2010, p.138.

⁵²⁰ Para mayor abundamiento sobre este distingo entre derechos fundamentales y derechos humanos, véase en **España**: (i) Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución Española*, Ed. Tecnos, 8ª ed., 2004, pp.43 y ss.; (ii) Peces-Barba, Gregorio. *Lecciones de*

entonces como un fenómeno que adquiere doble positivización (en el orden internacional como derechos sociales, económicos y culturales, en el orden interno cuando las respectivas constituciones comienzan a disciplinarlas sistemáticamente⁵²¹).

En este punto, se analiza el derecho de educación como derecho humano, ergo, “categoría” derivada del Derecho Internacional Público desde su plasmación en los diversos documentos internacionales normativos⁵²² (y no de otros documentos no normativos⁵²³). Algunos de estos documentos internacionales tienen incidencia “directa”; otros en cambio solo “refleja” dentro de los ordenamientos internos de Venezuela y España. Sin pretender ser exhaustivos en este aspecto, ya que estamos razonando en clave constitucional, no dejaremos de mencionar las relaciones/conexiones entre aquellos instrumentos internacionales y las respectivas constituciones en estudio.

En primer lugar, respecto a la **CE**, dispone su artículo 10.2.: “(...) Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”; y porque respecto a la **CRBV**, su artículo 23 dispone: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y

Derechos fundamentales, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp.27-29; en **Venezuela**: (i) Casal H., Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Ed. Legis, 1ª ed., Caracas, 2010, pp.11-26; (ii) Álvarez Chacín, Francisco. *Manual de Derechos humanos*, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, Venezuela, 2010, pp.67-69.

⁵²¹ Afonso Da Silva, José. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Sección Doctrina Jurídica, Nro.149, Ciudad de México, 2003, p.127.

⁵²² Faúndez Ledesma, Héctor. *Administración de justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1993, pp.17 y ss.

⁵²³ *Verbigracia*, Directrices de Maastricht o Principios de Limburg sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, Párr. 6. *Cit.* en: Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humano (Provea). *Derecho Humano a la Educación*. Marco teórico-Metodológico Básico. Todos los derechos para todos, Serie Aportes, Nro.14, Caracas, *s.f.*, p.53.

ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución...”. Nótese que –en teoría- en el caso de Venezuela, se le otorga mayor preponderancia en el sistema de fuentes al ordenamiento internacional en derechos humanos que con relación a España, cuya remisión es (aparentemente) solo a fines interpretativos –aunque muchísimos autores van más allá-.

En segundo lugar, en ambos sistemas tienen vigencia primordialmente los instrumentos que se contraen en la llamada *Carta Internacional de Derechos Humanos* conformada por: (i) la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); (ii) el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); (iii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); (iv) el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵²⁴. En ese orden, establece el primero de estos instrumentos en su artículo 26.1 (DUDH): “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación deberá ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria (...)”. A su vez, el PIDSC establece en su artículo 13.2: “(...) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;...”.

Adicionalmente se han ido incorporando una serie de *Observaciones Generales* –a las que dedicaremos unas líneas- en procura de los cambios que se desean en cuanto al derecho a la educación y sus contenidos, así como con relación de las obligaciones a cargo de los Estados. Entre las claves para entender con más detalle este tema, se encuentra el PIDSC, cuyo artículo 2.1 trae una norma que con meridiana claridad dispone:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos

⁵²⁴ Proyecto: Capacitación de Jueces en Derechos Humanos. Manual de Participantes para Jueces y Juezas, Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Amnistía Internacional (AI), Statoil, Caracas, Ed. Colson, 1ª ed., 2004, p.155.

los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Ahora bien, las distintas normas internacionales se proyectan en los respectivos ordenamientos internos (con distinta intensidad), cuestión que según Abramovich y Courtis representa alguna asimetría. El artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) consagra «incondicionalmente» la obligación de los Estados para hacer efectivos tales derechos; pero en el caso del artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dispone que aquella obligatoriedad está «modalizada» (*condicionada, agregamos*) por la existencia o disponibilidad de recursos y a la realización progresiva de derechos⁵²⁵.

Otras de sus diferencias están en sus respectivos sistemas de implementación. El PIDCP crea en su parte IV un Comité de Derechos Humanos (CDH), “que entiende en materia de informes presentados por los Estados (art.40) y en materia de *comunicaciones* de Estados parte que aleguen que otro Estado parte no cumple con las obligaciones del Pacto (art.41 y sigs.)”. A su vez el Protocolo Facultativo del PIDCP, extiende la facultad de remitir *comunicaciones* a cualquier individuo que se halle en la jurisdicción que alegue violación. En cambio, el PIDESC solo establece un sistema de *informes* (pero sin prever mecanismo de comunicación en caso de violaciones). Pero no obstante tal situación, la práctica del órgano de aplicación del PIDESC ha ido eliminando paulatinamente tales diferencias. Ahora bien, la diferencia entre uno y otro pacto deviene en la falta institucional de interpretación ante la ausencia de mecanismos adecuados, que interfieren en la definición de sus contenidos concretos⁵²⁶.

⁵²⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Proyecto Regional de Justicia, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p.318.

⁵²⁶ Abramovich, V. y Courtis, Ch. *Hacia la exigibilidad...*, p.318.

Dentro de las enseñanzas más importantes de este razonamiento, es que la intención de los promotores con relación a las formas (distintas) de redactar indistintamente el PIDCP y el PIDESC, se debió a los fines de buscar consensos, “delegando la definición del contenido concreto de los derechos a la legislación nacional⁵²⁷”. *Vemos pues de donde viene la legitimación del legislador de cada país para dicha empresa.*

En virtud de las diferencias e intensidades como se proyectan los instrumentos universales en cada orden interno, siguiendo a Abramovich y Courtis, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) como órgano de aplicación, ha producido una serie de documentos desde Naciones Unidas que contribuyen a esclarecer algunos derechos y su correlativa obligación estatal. Se refieren a las llamadas *Observaciones Generales* (al igual que su homólogo en materia de derechos civiles y políticos), que procuran definir las obligaciones estatales “con el fin de darles un contenido normativo comparable al de los derechos civiles y políticos”. Esas *Observaciones Generales* equivalen a su jurisprudencia y tienen sentido prescriptivo⁵²⁸; siendo las más relevantes [en los temas del derecho a la educación y/o a la enseñanza], las Observaciones Generales Nro.11 (respecto a la *gratuidad*⁵²⁹) y Nro.13 (respecto a la *obligación mínima estatal*⁵³⁰). Pero entre ambas, destaca especialmente la Observación General Nro.13

⁵²⁷ *Ob. Cit.*, p.319.

⁵²⁸ *Ob. Cit.*, p.320.

⁵²⁹ Observación General Nro.11, Planes de acción para la enseñanza primaria (Art.14 del Pacto): 11/05/99. U.N. Doc. E/C.12/1999/4. 20° período de sesiones, 1999. “(...) 7. **Gratuidad.** El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría (...)”. Disponible: http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/ObsGral_11.pdf (agosto, 2013).

⁵³⁰ Observación General Nro.13, El Derecho a la educación (Artículo 13 del Pacto): U.N. Doc.E/C.12/1999/10, 21° período de sesiones, 1999.

que establece la llamada **Obligación fundamental mínima** (que a su vez se refiere a la Observación General Nro.3), donde se establece:

“(…) 57. En su Observación General Nro.3, el Comité [de DESC] confirmó que los Estados Partes tienen ‘una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos’ enunciados en el Pacto, incluidas las ‘formas más básicas de enseñanza’. En el contexto del artículo 13, esta **obligación mínima** comprende: el velar por **el derecho de acceso** a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna...”. (Resaltado nuestro).

De la supra indicada Observación general pueden hacerse dos comentarios puntuales. *Primero*, resaltar que el derecho de acceso a la educación aparece descrito dentro de las obligaciones mínimas estatales; *segundo*, que la intensidad en relación a la obligación estatal dependerá del grado o del nivel de educación del que se trate; pues como se desprende del mismo instrumento, “a la luz del texto del Pacto, la obligación de los Estados Partes de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación⁵³¹”.

Pero a pesar de las inconsistencias del sistema (que no tiene métodos coactivos en ese orden), sino prescriptivos en cuanto a los PIDESC, algunos autores son bastante más optimistas con relación a la necesidad de que el derecho internacional y el derecho interno interactúen cada vez con mayor énfasis (Abramovich y Courtis⁵³²); porque a pesar de las dificultades se puede conseguir un

⁵³¹ Observación General Nro.13, Párr.48. Citada en *Derecho Humano a la Educación. Marco teórico-Metodológico Básico*, Provea, Todos los derechos para todos, Serie Aportes, Nro.14, , Caracas, s.f., p.60.

⁵³² Abramovich, V. y Courtis, Ch. *Hacia la exigibilidad...*, p.322.

estándar mínimo humanitario (Gomes Canotilho⁵³³), es decir, un piso mínimo en el sistema de derechos (Bidart Campos⁵³⁴).

Basado en estos predicamentos, se hace necesario “proyectar la supremacía constitucional hacia cuestiones y problemas que antes se consideraban del dominio de la ley⁵³⁵”. Esta última afirmación, resulta idónea para seguir recabando datos en esta tesis. Obliga a reconsiderar entonces algunos conceptos ya en necesaria transformación. En todo caso, sabemos que no estamos en una idea consolidada; y tampoco exenta a dificultades⁵³⁶; pues como bien termina exponiendo Abramovich en uno de sus trabajos individuales (en *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003, p.53), la indeterminación del contenido de los derechos sociales, supondrá:

“la dificultad para establecer cuál es la medida exacta de las prestaciones que surgen de un derecho económico, social o cultural enunciado en una Constitución o un tratado internacional de derechos humanos. Si no está establecido un **estándar mínimo exigible** de un derecho social, no es factible reclamar ante los tribunales de justicia el incumplimiento de este derecho⁵³⁷”. (Subrayado nuestro).

En el entendido que existe tal *indeterminación de los derechos sociales*, siendo la educación uno de ellos, queremos resolver si seguimos dejando ese papel (únicamente) al legislador ya no solo en desarrollarlos (lo que sería su papel natural y hasta necesario), sino incluso de determinar el contenido mínimo que

⁵³³ Gomes Canotilho, José Joaquim. *Teoría de la constitución*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nro.31, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp.46-47.

⁵³⁴ Bidart Campos, Germán. *El futuro del constitucionalismo y sus posibles proyecciones hacia el sistema de derechos*, en: Constitución y constitucionalismo hoy, Cincuentenario del derecho constitucional comparado de Manuel García-Pelayo, Ed. Exlibris, Caracas, 2000, p.332.

⁵³⁵ Bidart Campos, German. *Ob. Cit.*, p. 336.

⁵³⁶ Amy Gutman en presentación del libro de Ignatieff, Michael. *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós Estado y sociedad, nro.108, Barcelona, 2001, p.14.

⁵³⁷ Rojas, Eduardo. *Políticas públicas y derecho a la educación*, en: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003, p.198.

supuestamente se predica constitucional, o si hay otras formas de establecerse (como parece).

Revisadas en líneas generales las relaciones de los distintos instrumentos internacionales aplicables al caso del derecho en estudio; pasamos ahora a concretar algunos datos que pongan de relieve las características propias de este derecho en el seno de los respectivos sistemas de España y Venezuela.

1.2. Antecedentes del caso español acerca de la siempre tensión ideológica sobre los contenidos del «derecho fundamental» a la educación gratuita.

Casi todos los trabajos revisados que abordan el tema educativo en España, dan cuenta de los mismos eventos en forma lineal. Evidencian que la política y la religión se han conjugado para generar un intenso (y fuerte) debate. Por eso Cotino Hueso al narrar el ayer como el hoy, dice que desgraciadamente “la educación ha sido uno de los campos de batalla donde se libra debates políticos generales, especialmente las disputas religiosas⁵³⁸”. Se entiende porque en momentos de la Monarquía absolutista, la educación prácticamente estaba monopolizada por la Iglesia en todos sus grados⁵³⁹; hasta que se decanta el proceso histórico ahora reseñado que llevará al control estatal de la educación gratuita como derecho fundamental; aunque para llegar hasta allí se sufrió bastante.

En general parece reconocerse que “la instrucción pública es una de las preocupaciones del Estado desde la Ilustración⁵⁴⁰”. Asimismo, que para entender el precepto actual del artículo 27 CE, debe analizarse el contexto previo del proceso educativo, empezando con la gaditana Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo

⁵³⁸ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p.1.

⁵³⁹ Nicolás Muñiz, Jaime. *Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española*, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, núm. 7, ene-abr., Madrid, 1983, p. 338.

⁵⁴⁰ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.1.

366 estableció: “En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar...”. Adicionalmente, que su artículo 367 estableció que el plan de enseñanza sería igual para todo el Reino⁵⁴¹. En razón de la primera regulación con Cádiz, aunque no como derecho subjetivo, “se incluyó el mandato del establecimiento de escuelas, universidades y otros establecimientos de instrucción en todo el país, con un plan de enseñanza uniforme que incluyera la enseñanza de la Constitución misma”; en cuyo tiempo el *Reglamento de Instrucción pública de 1821* estableció la gratuidad de la instrucción pública para todos los ciclos⁵⁴². En ese orden, Borrajo Iniesta explica que: “No es casualidad que ya la Constitución de Cádiz dedicara todo un Título, el IX, a la instrucción pública; y que prescribiera la existencia de una escuela de primeras letras en todos los pueblos de la Monarquía⁵⁴³”.

Después de este primer antecedente, según advierte Nicolás Muñiz, la educación “desaparece” de los textos constitucionales hasta el último tercio del siglo XXI, sin que ello hubiere significado “que el tema educativo no sea de los motivos recurrentes que ocuparon al legislador ordinario de aquellos agitados cincuenta años⁵⁴⁴”. Es así que hasta la Constitución de 1869 no se había regulado *nuevamente* a nivel constitucional tal derecho; cuando respecto de la instrucción o escuelas de las “primeras letras” se establece en forma general que todo español podrá fundar establecimientos de instrucción o de educación, sin previa licencia, salvo el derecho a la inspección oficial por razones de moralidad (artículo 24). Luego, con la Constitución de 1876 se mantiene aquella regulación respecto del derecho que tiene todo español de fundar establecimientos educativos, pero cambiando la expresión “sin previa licencia” para que tal derecho se haga “con

⁵⁴¹ Garrido Falla, Fernando; Cazorla Prieto, Luis [...alt]., *Artículo 27 CE*. Comentarios a la Constitución (Obra colectiva), Ed. Civitas, S.A., 2ª ed., Madrid, 1985, p.540.

⁵⁴² Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.2.

⁵⁴³ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación*, en: La democracia constitucional, Estudios en homenaje Francisco Rubio Llorente, Congreso de Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Fund. Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol.I, Madrid, 2002, p.658.

⁵⁴⁴ Nicolás Muñiz, Jaime. *Los derechos fundamentales...*, p.339.

arreglo a las leyes” (Artículo 12). Este precepto puede ubicarse como una primera aproximación a la “gratuidad” de tal servicio, al referirse a “los establecimientos de instrucción pública costeados por el Estado, las provincias o los pueblos⁵⁴⁵”.

Siguiendo con Redondo, llegan los tiempos del reaccionario reinado de Fernando VII en donde se imponen el llamado Plan Calomarde y el Plan y Reglamento de instrucción primaria, junto a una importante actividad de la legislación en la materia⁵⁴⁶. Posteriormente vendría la época de Fernando II, crucial en el predominio de la ortodoxia católica en el control de todo tipo y niveles de educación⁵⁴⁷. En esa época, la Iglesia católica “monopolizaba” la instrucción pública. Entonces se comprende que la supresión de Órdenes religiosas y la desamortización de Mendizábal en 1835, conllevara a la extinción de las escuelas conventuales o parroquiales que gratuitamente (o por cantidades “simbólicas”) impartían enseñanza; lo que redundó en el incremento del analfabetismo⁵⁴⁸.

Hacia 1836, en época del ministro Istúriz, se expide el *Real Decreto de 04 de agosto*, el cual siguiendo parámetros liberales, abandona la enseñanza gratuita en los niveles de secundaria y superior, de manera que “la enseñanza primaria pasó a ser sólo gratuita para los verdaderamente pobres⁵⁴⁹”. Esta norma sería en parte la que sentaría las bases liberales de otras por venir. Dicho antecedente dio lugar a su vez a la *Ley de 21 de julio de 1836* (que entre otros temas establecía condiciones severas a la licencia de la enseñanza privada); y más concretamente, porque serviría de justificación para la llamada *Ley Moyano de 1857*⁵⁵⁰, la cual vino a contemplar elementos básicos que ya constaban en los textos expedidos

⁵⁴⁵ Garrido Falla; Fernando; Cazorla Prieto, Luis [...alt]. *Artículo 27 CE...*, pp.540.

⁵⁴⁶ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.2.

⁵⁴⁷ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.54.

⁵⁴⁸ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.2.

⁵⁴⁹ *Ob. Cit.*, p.2.

⁵⁵⁰ *Ob. Cit.*, p.2

anteriormente en el *Reglamento de 1821, el Plan Duque de Rivas de 1836 y el Plan Pidal de 1845*⁵⁵¹.

La importancia de esa *Ley Moyano (1857)* es vital para comprender el sistema español. Supuso –dice Cotino Hueso- la gratuidad de la enseñanza primaria y además, fijaría la estructura del sistema educativo hasta la *Ley de 1970*⁵⁵². Esa *Ley Moyano* –sigue Redondo-, a pesar de impulsar el papel de la Iglesia Católica en la enseñanza en España, al mismo tiempo establece la educación como bien público, pero además al postular la imposición de la «enseñanza básica obligatoria⁵⁵³». Es razonable entonces asumir la importancia que tiene por ese mérito de que sus contenidos pudieron prolongarse en el tiempo hasta esta última ley de 1970, tomándose en cuenta que aún faltaban pasos para el proceso constituyente porvenir (de 1978). Por eso es llamada una ley “centenaria” –Nicolás Muñiz-, teniendo en cuenta que “hasta la Ley General de Educación de 1970 no triunfará ningún otro intento global de enfocar la enseñanza que acertara a sustituir el modelo de aquella conservadora, pero no integrista ley⁵⁵⁴”.

En tiempos de la I República, la libre enseñanza pasó a formar parte del debate público, siendo derogada así la (llamada “represora”) ley de 2 de junio de 1868, dando lugar a que con la Constitución de 1869 “reapareció tímidamente la *constitucionalización de la enseñanza*” (solo respecto a la creación de centros privados⁵⁵⁵). Que tiempo después, destronada Isabel II, se consigue que la Junta Superior Revolucionaria proclame entre los derechos ilegislables, la libertad de enseñanza. Asimismo, que el *Decreto del 21 de octubre de 1868* previó conservar la enseñanza pública en convivencia con la privada⁵⁵⁶. Pero diversos avatares políticos impidieron el desarrollo del objetivo de la Constitución que se había propuesto con

⁵⁵¹ *Ob. Cit.*, p.2.

⁵⁵² *Ob. Cit.*, p.2.

⁵⁵³ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución...*, p.55.

⁵⁵⁴ Nicolás Muñiz, Jaime. *Los derechos fundamentales...*, p.339.

⁵⁵⁵ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.3.

⁵⁵⁶ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución...* p.59.

el Decreto de 1874 en cuanto al tema educativo⁵⁵⁷. Tras el período revolucionario y el paréntesis republicano y federal de 1873, “la Constitución de 1876 vuelve a afirmar la condición del derecho fundamental de la libertad de enseñanza” (solo que ahora la confesionalidad católica permite un reconocimiento de tolerancia religiosa⁵⁵⁸). Esta última Constitución de 1876 (llamada también de Cánovas), establecía entre los aspectos relevantes, las reglas de enseñanzas de los «establecimientos financiados por el Estado⁵⁵⁹». Por consiguiente, constituye un avance en cuanto al papel del Estado.

Después, ya iniciado el siglo XX, durante la Dictadura de Primo de Rivera, según un sector de la doctrina, tuvo lugar un intenso movimiento del sistema educativo que redujo el analfabetismo y en donde se estableció la escolarización a los 14 años como gratuita y obligatoria⁵⁶⁰ (Cotino Hueso); aunque otros sostienen que prácticamente desde la II República no se produjeron esfuerzos importantes en el tema educativo respecto del área rural y de obreros⁵⁶¹ (Redondo).

A pesar de todos estos acontecimientos y del desarrollo legislativo, no fue sino hasta la Constitución de 1931 cuando se incorpora expresamente la gratuidad, lo que supone no solo la liquidación del Estado confesional⁵⁶²; sino especialmente porque dispuso: “(...) La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria⁵⁶³” (Art. 48). Se trata –en palabras de Díaz Revorio- de una auténtica innovación en el ámbito educativo⁵⁶⁴; inspirado en el movimiento laico y socialista⁵⁶⁵ -recuerda

⁵⁵⁷ Redondo, Ana. *Ob. Cit.*, p.59.

⁵⁵⁸ Nicolás Muñoz, Jaime. *Los derechos fundamentales...*, p.339.

⁵⁵⁹ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.3.

⁵⁶⁰ Cotino Hueso, Lorenzo. *Ob. Cit.*, p.3.

⁵⁶¹ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución...*, p.60.

⁵⁶² Redondo, Ana. *Ob. Cit.*, p.60.

⁵⁶³ Garrido Falla. Fernando; Cazorla Prieto, Luis [...alt]. *Artículo 27 CE...*, pp.539-540.

⁵⁶⁴ Díaz Revorio, Francisco Javier. *El derecho a la educación*, en: Parlamento y Constitución, anuario, nro.2, 1998, España, p.274. Disponible: www.hhttp://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/197136.pdf (julio, 2014).

⁵⁶⁵ Según Martínez López-Muñoz citado por Díaz Revorio. *Ob. Cit.*, p.275.

Martínez López-Muñiz-, siendo la primera vez que se inscribe en el plano constitucional este movimiento; de allí que se defina ese nuevo modelo educativo como de signo progresista⁵⁶⁶. En ese texto se regula tanto la educación como la enseñanza (en sus artículos 48, 49 y 50), aunque sin aparecer todavía (propriadamente) como derecho subjetivo en forma expresa. Resultado de todo esto, es que desde esas regulaciones se evidencia un plano prestacional a través de la enseñanza gratuita y obligatoria⁵⁶⁷.

Cotino Hueso cita a su vez los trabajos de Fernández Miranda y Sánchez Navarro, para afirmar que con la II República se concibe el derecho generalizado a *la educación*, lo cual se hace en detrimento a la «libertad de enseñanza» desde una concepción de la «educación como un servicio público», condicionado por el enfrentamiento político entre la Iglesia y el Estado⁵⁶⁸. Estas cuestiones por demás conflictivas –siguiendo ahora a Redondo-, llevaron a proclamar la extinción del presupuesto del clero y a la incautación de los bienes de las órdenes religiosas⁵⁶⁹. De forma tal, sigue explicando, al haberse establecido un sistema público estatal (donde la Iglesia ya no tiene cabida) y que además cercena –para algunos- la libertad de creación; se generó un malestar de esa sociedad que pretendía la continuidad de aquel modelo confesional o bien defendía una transición moderada mediante el respeto del modelo tradicional. Dicha situación se agravó cuando en paralelo, numerosos desordenes públicos intensificaron el clima de confrontación (lo que vino a sumarse a otras razones sociológicas, económicas y políticas que llevarían a la Guerra Civil⁵⁷⁰). Nuevamente los conflictos políticos impedirían que el nuevo sistema educativo planteado pudiera asentarse y dar los resultados esperados⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ Nicolás Muñiz, Jaime. *Los derechos fundamentales...*, p.340.

⁵⁶⁷ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.4.

⁵⁶⁸ Cotino Hueso, Lorenzo. *Ob. Cit.*, p.4.

⁵⁶⁹ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución...*, p. 60.

⁵⁷⁰ Redondo, Ana. *Ob. Cit.*, p.60.

⁵⁷¹ Redondo, Ana. *Defensa...*, p.61.

Las vueltas a las diferencias ideológicas se harían aún más extremas, cuando este corto período republicano queda suspendido con la dictadura de Francisco Franco; en cuyos designios -explica Cotino Hueso- se empleó a la educación (políticamente) en un sentido católico y patriótico. Durante ese período, la materia educativa estuvo regulada en varios textos legales, entre los que se encuentran: la *Ley de Educación primaria* de 1945; La *ley de Educación primaria de 1947* que reguló «la educación general y profesional», la *Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958*, que dispuso «nunca podrá dejar de percibirse por falta de medios materiales» hasta llegar a la *Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa de 1970* de corte tecnocrático (o *Ley Villar de Palasí*); cuyo texto generalizó la *escolarización básica*⁵⁷² obligatoria y gratuita⁵⁷³; aspecto éste último que es subrayado con mucho interés por la corriente conservadora –verbigracia, Zumaquero⁵⁷⁴-; en contra de otros –Tamames- que niegan cualquier avance en materia de la instrucción pública en esos tiempos⁵⁷⁵.

Todos estos precedentes, dejaron el camino abierto a la proclamación del derecho a la educación como derecho fundamental en la actual Constitución de 1978. Ya para finalizar este punto, es sugerencia de Borrajo Iniesta que una de las claves para entender el contexto del actual artículo 27 CE, consiste en recordar el “enorme error” –dice- cometido por el Constituyente de 1931; que devendría en el fracaso de la II República y con ello, la llegada de la guerra civil junto al hundimiento de la civilización constitucional en casi toda Europa. Esa lección

⁵⁷² Se entendía como Educación General Básica (EGB) la escolarización comprendida entre edades de 6 a 14 años. Cfr., Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.5.

⁵⁷³ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.5.

⁵⁷⁴ Zumaquero Romero, José Manuel. *Los derechos educativos en la Constitución española*, Universidad de Navarra, tesis doctoral (inédita), Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Pamplona, 1983, p.262. (Consultada en físico, Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 2012).

⁵⁷⁵ Tamames, Ramón. *Introducción a la constitución española*, Ed. Alianza Ed., Madrid, 1980, p.53.

–advierte– no la desaprovecharon los constituyentes de 1978, y el intérprete nunca debe olvidar⁵⁷⁶.

Pasemos ahora al estudio de la modernidad constitucional española; en el entendido de que todo proceso histórico es lineal; entonces, e ir aprendiendo de cada momento para establecer cómo se relaciona con el otro.

1.2.1. La educación/enseñanza gratuita como derecho fundamental (texto constitucional de 1978).

Luego del cruento período de guerra civil y de una dictadura, se implican grandes esfuerzos para enrumbar una agenda que concertara las diferencias y distintas visiones ideológicas en el plano político, cultural, religioso y social. El tema educativo ocupa un lugar especial en estos debates⁵⁷⁷. La Constitución de 1978 produce así un corte histórico al conectar la educación con la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad, y no frente al adoctrinamiento de la razón⁵⁷⁸. Su expedición abre un nuevo rumbo en el tema educativo; razón por la cual Alzaga afirmara que tocaba elevar a rango constitucional una realidad legislativa que en España se remonta, dice, afortunadamente a muchos decenios⁵⁷⁹.

Este tema producirá un intenso trabajo parlamentario en función a las distintas leyes aprobadas con ocasión al precepto 27 constitucional desde las distintas ópticas e ideologías. En pleno proceso de discusión en los trabajos

⁵⁷⁶ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad...*, pp. 659-660.

⁵⁷⁷ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.60.

⁵⁷⁸ Redondo, Ana. *Defensa...*, p.65.

⁵⁷⁹ Alzaga, Oscar. *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp.259-260.

preparativos, se apostaba al consenso de tan difícil materia⁵⁸⁰; cuestión que parece haberse llevado a cabo; salvo algunas posiciones personales –como Médel López- al quejarse de la «ausencia de un debate nacional sobre educación» y con ello denunciar lo que llamaba el “supuesto” consenso⁵⁸¹; o las opiniones de Nicolás Muñiz⁵⁸² y Cotino Hueso⁵⁸³ que más que un consenso se trató de una “tregua”. Pero en general, la mayoría de la doctrina consultada subraya el enorme esfuerzo de las distintas fuerzas políticas en torno a su regulación sobre el *consenso* alcanzado (Martínez López-Muñiz⁵⁸⁴; Martínez de Pisón⁵⁸⁵; Peña Timón⁵⁸⁶; Garrido Falla⁵⁸⁷; Ortega Díaz-Ambrona⁵⁸⁸; Castillo Córdova⁵⁸⁹; Redondo⁵⁹⁰; Linde Panigua⁵⁹¹; Vidal Prado⁵⁹²; Cámara Villar⁵⁹³; Nogueira⁵⁹⁴; Sánchez De Vega⁵⁹⁵).

⁵⁸⁰ Damián Traverso, Juan. *Por un consenso constitucional en educación*, en Revista de educación. Constitución y educación, Servicio de publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, G. Junoy (Dir.), nov-dic., nro.253, Madrid, 1977, pp.65 y ss.

⁵⁸¹ López Medel, Jesús. *Un proceso educativo*. El artículo 27 de la Constitución y sus circunstancias, publicaciones ICCE, Educación, 1996, p.75.

⁵⁸² Citado por Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nro.221, Madrid, 2012, p.7.

⁵⁸³ *Ob. Cit.*, p.7.

⁵⁸⁴ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas*, en: Los derechos fundamentales en la educación, J. L. Requero Ibañez y J. L. Martínez López-Muñiz (Dirs.), Cuadernos de Derecho Judicial, 11-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p.32.

⁵⁸⁵ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp.125 y ss.

⁵⁸⁶ Peña Timón, Ana M. *Ideario, centros concertados y financiación pública: estudios legislativo y jurisprudencial*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006, p.1. Disponible: <http://o-site.ebrary.com.fama.us.es/lib/unisev/docDetail.action?docID=10121382> (agosto, 2012).

⁵⁸⁷ Garrido Falla, Fernando; Cazorla Prieto, Luis [...alt]., *Artículo 27 CE*. Comentarios a la Constitución (Obra colectiva), Ed. Civitas, S.A., 2ª ed., Madrid, 1985, p.543.

⁵⁸⁸ Ortega Díaz-Ambrona, Juan Antonio. *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p.135.

⁵⁸⁹ Castillo Córdova, Luis. *Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27 CE*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, España, 2004, pp.234-237.

⁵⁹⁰ Redondo, Ana María. *Defensa de la constitución y enseñanza básica (interacción educativa intercultural y homeschooling)*, IDP, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2003, p.65.

También se encuentran quienes son particularmente críticos –como Sánchez Agesta- al momento de valorar tal consenso que supuso el artículo 27⁵⁹⁶. En todo caso, es propicia la afirmación de Borrajo Iniesta al calificar estos debates como “uno de los episodios más largos y difíciles del consenso constituyente⁵⁹⁷”. En definitiva, haya o no un verdadero consenso, parece evidente que la educación tuvo protagonismo en el proceso constituyente⁵⁹⁸; al punto de lograr conciliar las cuestiones más problemáticas: convirtiendo un tema tan “sensible” como la regulación del derecho a la educación y a la enseñanza en la oportunidad de ordenar el debate en torno a lo que se quería.

Precisamente sobre este punto Cámara Villar sostiene:

“Para enfrentar esta realidad tan compleja y tan intensamente conflictiva en nuestra historia política y constitucional, el constituyente de 1978, como en otros ámbitos, intentó buscar para éste un techo conciliador que, además de sentar las bases para el desarrollo de un sistema educativo eficaz, borrara de una vez por todas el conflicto político e ideológico, al menos en el nivel constitucional⁵⁹⁹”.

⁵⁹¹ Linde Panigua, Enrique. *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*, Biblioteca jurídica de bolsillo, Ed. Colex, Madrid, 2002, p.25.

⁵⁹² Vidal Prado, Carlos. *La doble dimensión del derecho a la educación*, cap.21, en: Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación Constitucionalistas Españoles, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, 27 y 28 de enero de 2011, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2012, p.465.

⁵⁹³ Cámara Villar, Gregorio. *Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España*, en: Revista en Educación, nro.344, sept-dic., España, 2007, pp.62-63. Disponible: http://www.revistaeducacion.mec.es/re344/re344_04.pdf (marzo 2015).

⁵⁹⁴ Nogueira, Rosario. *Principios Constitucionales del Sistema educativo español, Política y Administración educativa*, nro.4, Madrid, 1988, p.27.

⁵⁹⁵ Sánchez De Vega, Agustín. *La prestación de la educación*, Revista jurídica de Castilla y León, Nro. Extraordinario 1, España, 2004, p.231.

⁵⁹⁶ Cit. por Castillo Córdova, Luis. *Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27...*, p.255.

⁵⁹⁷ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación*, en: La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Francisco Rubio Llorente, Congreso de Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Fund. Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol.I, Madrid, 2002, p.658.

⁵⁹⁸ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.6.

⁵⁹⁹ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación*, en: Comentario a la constitución económica de España, C. Molina Navarrete y otros (Coords.), Ed. Comares, Granada, 2002, p.980.

Vista así las cosas, se ha venido afirmando (en razón de la conflictividad y de los distintos elementos que forman parte del precepto 27 CE), la necesidad de que las cuestiones atinentes a la vertiente de la enseñanza y la educación se estudien conjuntamente; logrando así –dice Redondo- la superación jurídica de las distintas concepciones de la enseñanza históricamente opuestas⁶⁰⁰; situación que en palabras de Puelles –citado por Martínez de Pisón- supondría “un mecanismo de pesos y contrapesos, un equilibrio arduo de derechos y libertades⁶⁰¹”. Es decir, todo lo contrario a un precepto contemplativo, pues en la forma que observa Díaz Revorio “mientras la derecha se preocupaba más por la libertad de enseñanza, la izquierda se concentraba en el derecho a la educación obligatoria y gratuita⁶⁰²”. Es decir, logran regularse *conjuntamente* elementos esenciales del derecho a la educación (gratuita y obligatoria) y de la libertad de enseñanza⁶⁰³.

Con estos antecedentes y por la variedad de elementos que se configuran en el artículo 27 de la CE, es obvio que el mismo permite varias lecturas; pues según Sánchez De Vega “pocos preceptos constitucionales han sido objeto de interpretaciones tan divergentes⁶⁰⁴”. Este esfuerzo de conjugar todos estos elementos “contrapuestos” (en lo ideológico) hace que autores como Gimeno Sacristán se refieran como un “logro” histórico⁶⁰⁵; en contra de otros como Torres del Moral –citado por Cotino Hueso- para quien sería solo “un juego aceptable para el encauzamiento de tan espinoso problema⁶⁰⁶”; es decir, una auténtica “lucha” de

⁶⁰⁰ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.64.

⁶⁰¹ *Cit.* por Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación...*, p.123.

⁶⁰² Díaz Revorio, Francisco Javier. *El derecho a la educación*, en: Parlamento y Constitución, anuario, nro.2, 1998, p.269. Disponible: www.hhttp://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/197136.pdf (enero, 2014).

⁶⁰³ Díaz Revorio, Francisco. *El derecho a la educación...*, p.269.

⁶⁰⁴ Sánchez De Vega, Agustín. *La prestación de la educación...*, p.231.

⁶⁰⁵ Gimeno Sacristán, José. *Los retos de la enseñanza pública*. Universidad Internacional de Andalucía, AKAL, Sociedad, cultura y educación, nro.1, Madrid, 2001, p.17.

⁶⁰⁶ *Cit.*, por Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.7.

intereses⁶⁰⁷. Ahora bien, independientemente de las diversas dificultades –que las hubo para su concreción inicial-, y de las opiniones que se orientan a favor y en contra, nuestra percepción es evaluar positivamente (desde lo cuantitativo y cualitativo) los resultados conseguidos en la manera de regularse este precepto 27 de la CE.

En virtud de esa variada conjunción de elementos y premisas; no debe sorprender que se trate del precepto más largo del texto constitucional español⁶⁰⁸ (Cotino Hueso), con una redacción bien prolija⁶⁰⁹ (Nicolás Muñiz); a pesar que para otros consiste simplemente un conjunto abigarrado de normas⁶¹⁰ (Borrajo Iniesta); cuya redacción farragosa no es ninguna ayuda en la clarificación de su configuración constitucional⁶¹¹; al punto que dificulta armonizar sus elementos⁶¹² (Martínez de Pisón). En contra de estas opiniones pesimistas; para otros se trata de un texto coherente y sistemáticamente adecuado respecto a los objetivos constitucionales de principios, mandatos, derechos, libertades, deberes, potestades e implícitas remisiones sobre determinadas competencias⁶¹³ (Cámara Villar). Este último, en otro trabajo suyo se refiere a esta compleja estructura normativa como «Constitución educativa⁶¹⁴»; asunto que es entendido en otra parte como la «ordenación jurídico-constitucional de la educación⁶¹⁵» (Martínez López-Muñiz).

⁶⁰⁷ Tamames, Ramón. *Introducción a la constitución española*, Ed. Alianza Ed., Madrid, 1980, p.51.

⁶⁰⁸ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.8.

⁶⁰⁹ Nicolás Muñiz, Jaime. *Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española*, en: *Revista de derecho Constitucional*, año 3, núm.7, ene-abr., 1983, p.342.

⁶¹⁰ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad...*, p.670.

⁶¹¹ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación...*, p.128

⁶¹² Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación...*, p.139.

⁶¹³ Cámara Villar, Gregorio. *Las necesidades del consenso...*(2007), p.67.

⁶¹⁴ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación...* (2002), p.981.

⁶¹⁵ Martínez López-Muñiz, José L. *La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas*, en: *Los derechos fundamentales en la educación*, J. L. Requero Ibañez y J. L. Martínez López-Muñiz (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, 11-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p.32.

Pese a los avances, Gomes Canotilho resalta que para alguna parte de la doctrina de ese país, la Constitución española no se distingue “rigurosamente” entre el derecho a la educación y el derecho a la enseñanza⁶¹⁶. Más, sin embargo, la presencia del «derecho a la educación» y a la «libertad de enseñanza» como dos polos dialécticamente unidos⁶¹⁷; es lo que obliga a entender tal precepto como integral. Solo al yuxtaponer los rasgos más importantes de las dos grandes perspectivas en esta materia (educación/enseñanza), supondría un “pacto de inclusión de mínimos sobre la educación⁶¹⁸”. Dicha dialéctica, “en el fondo viene a plantear la oposición entre dos principios que el artículo 9.2 de la Constitución proclama perseguir con idéntico énfasis: «la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos»⁶¹⁹”. En concreto, su naturaleza “híbrida” en el sentido de Rubio Llorente⁶²⁰, “representa un compromiso entre los principios de igualdad, libertad y participación, como emanación de la fórmula del Estado social (Art.1.1 CE), que los hace entender en forma “integrada⁶²¹”. Si a pesar de esta dialéctica surgiera alguna “preferencia” a partir de los elementos más practicables dentro del Estado social (verbigracia, la solidaridad, la igualdad material, la justicia social, etc.), podría ocurrir hacia los contenidos sociales prestacionales por derivación directa de aquella cláusula.

De esta forma se conviene con Sánchez De Vega, que si bien el:

“derecho a la educación tiene una base jurídica primaria como derecho de libertad,...en el contexto del Estado social su dimensión prestacional prima en cuanto exigencia para los poderes públicos de garantizar su efectividad,

⁶¹⁶ Gomes Canotilho, José Joaquim. *Tomemos en serio los derechos económicos, económicos, sociales y culturales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.1, sept-dic., Madrid, 1998, p.256

⁶¹⁷ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad...*, p.660.

⁶¹⁸ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación*, en: Comentario a la constitución económica de España, C. Molina Navarrete y otros (Coords.), Ed. Comares, Granada, 2002, p.980.

⁶¹⁹ Garrido Falla, Fernando; Cazorla Prieto, Luis [...alt]., *Artículo 27 CE...*, p.544.

⁶²⁰ *Cit.* por Cámara Villar, Gregorio. *Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España*, Revista de Educación, nro. 344, sept-dic., España, 2007, p.67.

⁶²¹ Cámara Villar. *Las necesidades del consenso...*, p.66.

primordialmente para los niveles básicos de la enseñanza, en la medida que éstos resultan obligatorios y gratuitos⁶²²”.

Más adelantado en materia, un análisis sistemático de los elementos contenidos en el artículo 27 CE se consigue con Nicolás Muñiz, quien lo divide en tres núcleos centrales. Un primer núcleo relacionado con los «derechos propios de la libertad de enseñanza y de cátedra; y de libre escogencia del profesor»; un segundo núcleo relacionado con «la libertad religiosa y de conciencia, y la amplia promoción de la cultura» –donde se ubican las modalidades lingüísticas y culturales; y, un tercer núcleo, dice, “que incide muy sensiblemente sobre los derechos fundamentales, modulándolos en un sentido inequívocamente social y abundando en la definición del papel positivo del Estado en su realización⁶²³”. Todo indica que los contenidos del artículo 27 CE, no pueden examinarse separándose del resto de sus apartados⁶²⁴; al constituirse en una conjunción de derechos y principios que se entiende como necesaria⁶²⁵; tanto, que ha llevado al propio Tribunal Constitucional Español a reconocer esa estrecha relación (refiriéndose al derecho a la educación como una expresión omnicomprendiva⁶²⁶).

Con todas estas precisiones, para Cámara Villar: “[El] derecho a la educación y libertad de enseñanza no son sino dos caras de la misma moneda y es por eso que a veces se revela una cierta imprecisión o ambivalencia en la expresión de estos conceptos⁶²⁷». Finalmente, el derecho a la educación además de componerse de

⁶²² Sánchez De Vega, Agustín. *La prestación de la educación...*, p.232.

⁶²³ Nicolás Muñiz, Jaime. *Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española*, en: Revista de derecho Constitucional, año 3, núm.7, ene-abr., España, 1983, p.343.

⁶²⁴ Zumaquero, José Manuel. *Los derechos educativos en la Constitución española*, Universidad de Navarra, tesis doctoral (inérita), Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Pamplona, 1983, p.262. (Consultada en físico Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla 2012).

⁶²⁵ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación*, en: Comentario a la constitución económica de España, C. Molina Navarrete y otros (Coords.), Ed. Comares, Granada, 2002, p.981.

⁶²⁶ Díaz Revorio, F. Javier. *El derecho a la educación*, en: Parlamento y Constitución, anuario, nro.2, 1998, p.269. Se refiere el autor a la STC 86/1985, caso Subvenciones a centros privados, de 10-VII-1985, f.j.3). Disponible: www.hht/dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/197136.pdf (enero, 2014).

⁶²⁷ Cámara Villar, *El derecho a la educación...*, p.990.

otros “derechos” que convergen; también lo hace en materia de “deberes⁶²⁸”. En este sentido, ha de entenderse como un «derecho» y un «deber» constitucional⁶²⁹.

Finalmente hay que comentar la importancia que radica por el lugar en que aparece regulado por el propio Constituyente⁶³⁰. No es por casualidad, comenta Cámara Villar “es el único derecho social de prestación que está reconocido fuera del Capítulo III del Título I y configurado directamente como derecho fundamental rodeado de las máximas garantías⁶³¹”; posición que le resulta acertada dado el nivel de protección⁶³² y que es confirmada por la mayoría de la doctrina consultada (Cotino Hueso⁶³³; Embid Irujo⁶³⁴; Borrajo Iniesta⁶³⁵; Redondo⁶³⁶; Díaz Revorio⁶³⁷; Nicolás Muñiz⁶³⁸; Revenga⁶³⁹; Martínez López-Muñiz⁶⁴⁰; Martínez de Pisón⁶⁴¹;

⁶²⁸ Castillo Córdova, Luis. *La dimensión objetiva o prestacional del derecho fundamental a la educación*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2005, pp.77-78. Disponible: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2397/1/AD-9-4.pdf> (marzo, 2015).

⁶²⁹ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo*, en: *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Encuentro sobre Estudios jurídico-políticos en Educación, Fundación europea sociedad y educación, España, 2006, p.46.

⁶³⁰ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial...*, p.134.

⁶³¹ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación...*, p.990.

⁶³² Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación...*, p.991.

⁶³³ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.11.

⁶³⁴ Embid Irujo, Antonio. *El contenido del derecho a la educación*, Revista Española de derecho administrativo, nro.31, 1981, p.658.

⁶³⁵ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad...*, p.657.

⁶³⁶ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución y Enseñanza Básica...*p.66 y Redondo, Ana. *La igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho a la educación en libertad*, en: *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Encuentro sobre Estudios jurídico-políticos en Educación, Fund. Europea sociedad y educación, España, 2006, p.78.

⁶³⁷ Díaz Revorio, Francisco Javier. *El derecho a la educación...*, pp. 296-299.

⁶³⁸ Nicolás Muñiz, Jaime. *Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española*, en: *Revista de derecho Constitucional*, año 3, núm.7, ene-abr., España, 1983, p.345.

⁶³⁹ Revenga Sánchez, Miguel. *Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)*, en: *Asamblea*, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nro.21, dic., Madrid, 2009, p.100.

⁶⁴⁰ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas*, en: *Los derechos fundamentales en la educación*, J. L. Requero Ibañez y J. L. Martínez

Pizarro Nevado⁶⁴²; Gallego Rodríguez⁶⁴³; Garrido Falla⁶⁴⁴; aunque este último con algún reparo).

Expuestas así las cosas, el artículo 27 CE se configura en su máxima protección, al contar con las características de los artículos 53 CE (eficacia directa, reserva de ley en la regulación de su ejercicio, garantía de contenido esencial, tutela constitucional reforzada) y art. 81 CE (reserva de ley orgánica para el desarrollo del derecho⁶⁴⁵). Significa, que los derechos contenidos en el precepto 27 CE son susceptibles de tutela judicial por imperativo del artículo 24.1. CE., razón por la cual, en caso que fuere necesario y su eventual vulneración no fuere reparada por la jurisdicción ordinaria; se abre el cauce de la vía de amparo por mandato del artículo 53.2 CE⁶⁴⁶.

Es el momento de analizar las consecuencias que se predicán de la remisión del artículo 10.2 CE, respecto a las relaciones de los instrumentos de derechos humanos y el contexto interno sobre el derecho a la educación. En este particular, salvo algunas objeciones muy puntuales como la (sola) eficacia interpretativa y que

López-Muñiz (Dirs.), Cuadernos de Derecho Judicial, 11-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p.32.

⁶⁴¹ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación...*, p.120 y p.134.

⁶⁴² Pizarro Nevado, Rafael. *Tribunal Constitucional y Estado social: la experiencia española*, en: Corte Constitucional y Estado social de Derecho, Universidad de Medellín, C. M. Molina Betancur, Colección (Comp.), Memorias jurídicas, nro.4, Sello Editorial, 1ª ed., Medellín, 2007, p.274.

⁶⁴³ Gallego Rodríguez, Pablo. *Nuevas Formas de educación*, cap.22, en: Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación Constitucionalistas Españoles, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, 27 y 28 de enero de 2011, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2012, p.479.

⁶⁴⁴ Garrido Falla, Fernando; Cazorla Prieto, Luis [...alt]., *Artículo 27 CE*. Comentarios a la Constitución (Obra colectiva), Ed. Civitas, S.A., 2ª ed., Madrid, 1985, p.549 y p.551. Alega este autor que: “La responsabilidad que los constituyentes han contraído al colocar el derecho a la educación...en la Sección Primera es grave, pero hecho está; y no podemos despreciar las consecuencias jurídicas que de aquí derivan”.

⁶⁴⁵ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.11.

⁶⁴⁶ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación*, en: La democracia constitucional, Estudios en homenaje a Francisco Rubio Llorente, Congreso de Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Fund. Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol.I, Madrid, 2002, p.657.

el Protocolo Adicional de derechos humanos no ha sido ratificado por España (Nicolás Muñiz⁶⁴⁷); o de la oposición a que el contenido del artículo 13.3. del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales pueda cumplir la función hermenéutica que le asigna el artículo 10.2 citado (Romea Sebastián⁶⁴⁸); en su mayoría, la doctrina consultada se manifiesta en favor de la relevancia que se consigue desde las normas internacionales de derechos humanos; ya no solo únicamente frente al derecho a la educación (Embid Irujo⁶⁴⁹; Redondo⁶⁵⁰; Martínez de Pisón⁶⁵¹; Díaz Revorio⁶⁵²; Borrajo Iniesta⁶⁵³; Cotino Hueso⁶⁵⁴; Martínez López-Muñiz⁶⁵⁵; Cámara Villar⁶⁵⁶; Garrido Falla⁶⁵⁷; Castillo Córdova⁶⁵⁸); sino para el resto de materias como parámetro del resto de los derechos humanos y derechos fundamentales (entre otros, Pérez Luño⁶⁵⁹, Castellà Andreu⁶⁶⁰; Escobar Roca⁶⁶¹; Medina Guerrero⁶⁶²).

⁶⁴⁷ Nicolás Muñiz, Jaime. *Los derechos fundamentales en materia educativa...*, p.346.

⁶⁴⁸ Citado por Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial...*, p.34. Se refiere a Romea Sacristán, Ángel, en *Régimen jurídico de los centros concertados*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp.52-53.

⁶⁴⁹ Embid Irujo. *El contenido del derecho a la educación...*, p.638

⁶⁵⁰ Ana Redondo. *Defensa de la Constitución...*, p.66.

⁶⁵¹ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación...*, pp.122-123.

⁶⁵² Díaz Revorio, Francisco Javier. *El derecho a la educación...*p.271.

⁶⁵³ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad...*, p.658.

⁶⁵⁴ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.11.

⁶⁵⁵ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial...*, pp.43-45.

⁶⁵⁶ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación*, en: *Comentario a la constitución económica de España*, C. Molina Navarrete y otros (Coords.), Ed. Comares, Granada, 2002, pp.985 y 990.

⁶⁵⁷ Garrido Falla, Fernando; Cazorla Prieto, Luis [...alt]., *Artículo 27 CE*. Comentarios a la Constitución (Obra colectiva), Ed. Civitas, S.A., 2ª ed., Madrid, 1985, p.553,

⁶⁵⁸ Castillo Córdova, Luis. *Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27 CE*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, España, 2004, pp.246-247.

⁶⁵⁹ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.315 y p.558.

⁶⁶⁰ Castellà Andreu, Josep. *El artículo 10.2. de la Constitución como canon de interpretación de los derechos fundamentales*, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas*. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Editorial, Estudios constitucionales y políticos, M. Á. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, pp.141 y ss.

Todos ellos se refieren a la remisión constituyente del artículo 10.2. CE, conforme al cual: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España”. Asimismo, cabe agregar que el artículo 96.1 CE establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez sean publicados en España, formarán parte de su ordenamiento interno⁶⁶³. De esa manera, se viene opinando que la incorporación del artículo 10.2., lo que demostraría es la amplitud del consenso constituyente⁶⁶⁴.

Para saber a qué tipo de instrumentos internacionales se refiere la aplicación del mismo, Díaz Revorio consigue algún orden de relevancia así: (i) la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* [art.26: «derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos»]; (ii) el *Protocolo Adicional número 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* [art.2: «el Estado respetará el derecho de los padres acerca de la enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»]; (iii) del *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [art. 13: «el derecho de los padres o tutores a escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas a las creadas por las autoridades públicas» (apartado 3) y «la libertad de los particulares de establecer y dirigir instituciones de enseñanza» (apartado 4); junto a los apartados 10 y 14⁶⁶⁵]; (iv) la *Convención relativa a la lucha en contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza* (Unesco) del 14 de diciembre de 1960; y (v) la *Declaración de los Derechos del Niños*, aprobada en Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁶⁶¹ Escobar Roca, Guillermo. *Indivisiabilidad y derechos sociales: De la Declaración Universal a la Constitución*, en: Revista jurídica de los derechos sociales, revista nro.2, Lex social, jul-dic, Sevilla, 2012, pp.55 y ss. Disponible: <file:///C:/Users/Michelle/Downloads/278-562-1-SM.pdf> (diciembre, 2014).

⁶⁶² Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs.17, 18, 19.

⁶⁶³ Garrido Falla, Fernando; Cazorla Prieto, Luis [...alt]., *Artículo 27 CE...*, p.553

⁶⁶⁴ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad...*, p.658.

⁶⁶⁵ Díaz Revorio, Francisco Javier. *El derecho a la educación...*, p.271.

Hacemos constar que esa misma lista de instrumentos aplicables al caso español por derivación del artículo 10.2. CE, es asumida en su integridad por Martínez de Pisón⁶⁶⁶; Cotino Hueso⁶⁶⁷; Martínez López-Muñiz⁶⁶⁸; Damián Traverso⁶⁶⁹ e igualmente por Cámara Villar⁶⁷⁰ y Redondo⁶⁷¹ (excepto por la exclusión de estos últimos de la Convención de los Derechos del Niño para el tiempo en que escribían sus respectivos trabajos).

Sobre tal singular aspecto, autores como Cotino Hueso se vienen quejando de que muchos operadores ignoren la importancia jurídica que dimana de los tratados en derechos humanos; afirmando que “el derecho a la educación ocupa un lugar primordial en Naciones Unidas y la regulación internacional de derechos humanos; relevancia que aprecia desde lo que llama perspectiva de *técnica jurídica* (integrando los artículos 10.2. y 27 CE al marco internacional), donde los tratados internacionales “nutren y mucho el contenido y perfil exacto del derecho a la educación”. En su perspectiva: “La normativa internacional tiene valor casi constitucional⁶⁷²”. Ora, independientemente de cuál sea la posición que se presente en el tema de fuentes, aspecto ajeno a nuestro trabajo, observamos que el propio Tribunal Constitucional al momento de interpretar cierto material legislativo (precisamente en materia de educación) asumió la importancia de la normativa internacional⁶⁷³.

⁶⁶⁶ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza...*, p.123.

⁶⁶⁷ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, pp.11-16.

⁶⁶⁸ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial...*, p.44.

⁶⁶⁹ Damián Traverso, Juan. *Por un consenso constitucional en educación*, en Revista de educación. Constitución y educación, Servicio de publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, G. Junoy (Dir.), nov-dic., nro.253, Madrid, 1977, p.67. Disponible: <http://www.mecd.gob.es/cites/dctm/revista-deeducacion/articulosre253/re25303.pdf?documentId=0901e72b813eef5d> (septiembre, 2015).

⁶⁷⁰ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación...*, pp.982-983.

⁶⁷¹ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución...*, p.71.

⁶⁷² Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, p.11.

⁶⁷³ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial...*, p.44.

Hemos de concluir, que partiendo de la base de todos los elementos que hacen vida en el artículo 27 CE (contentivos de derechos y deberes también de distinta naturaleza); junto a la asunción de la dignidad como “principio orientador de la acción educativa⁶⁷⁴”, junto a los predicados propios de los textos universales citados con relación a la remisión del artículo 10.2. CE, se hace posible por vía interpretativa “la determinación del «contenido esencial»⁶⁷⁵” de este derecho. Todo indica que la complejidad del artículo 27 CE es consustancial a la cantidad de elementos y datos que se juntan para entenderlo dentro de un sistema; que parte de la dialéctica del derecho a la enseñanza y el derecho a la educación; hasta conectarse con los instrumentos internacionales aplicables al caso español.

1.3. Antecedentes del caso venezolano como ejemplo de la desnaturalización del derecho fundamental a la educación por el “legislador democrático”.

Algunas de las motivaciones que justifican esta investigación residen en ciertas prácticas “políticas” que dan cuenta a la desnaturalización del derecho a la educación en la vida constitucional venezolana, *producto en gran medida de haber confiado (en demasía) en el poder político su materialización.*

Al igual que España, la historia de Venezuela se presenta convulsa por una fuerte disputa ideológica en el campo educativo; aunque la segunda con unos ingredientes particulares al (haber sido) “colonia” de aquella. Por lo tanto, sus primeros tiempos implican una transición que inaugura el paso del colonialismo español hacia su independencia; así que su primera Constitución de 1811 tuvo que resolver primero los lineamientos respecto aquellos derechos coloniales frente a la adscripción de los derechos propios⁶⁷⁶. Se trata –merece subrayarlo- de la primera

⁶⁷⁴ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación*, en: Comentario a la constitución económica de España, C. Molina Navarrete y otros (Coords.), Ed. Comares, Granada, 2002, p.982.

⁶⁷⁵ Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación...*, *Ob. Cit.*, p.985.

⁶⁷⁶ Garrido Rovira, Juan. *De la monarquía de España a la República de Venezuela, Bicentenario de la Independencia y la República*, Universidad Monteávila, Caracas, 2008, pp. 403-410.

Constitución de toda América hispana (sancionada como recuerda Brewer-Carías apenas *tres meses antes* que la de Cádiz de 1812⁶⁷⁷), que además de proclamar la República, estableció temprano el derecho de los ciudadanos al libre gozo y beneficios de la instrucción (Art. 126), así como el mismo derecho de los indios (Art. 200)⁶⁷⁸. Sin embargo, para López-Orihuela, a pesar que la educación tuvo sus primeros intentos en realización del Estado, no fue preocupación de la práctica gubernativa sino hasta el *Decreto del 27 de junio de 1870* donde se decretó «la educación primaria gratuita y obligatoria⁶⁷⁹».

Luego de ese primer experimento constitucional, vendrán seis procesos constituyentes⁶⁸⁰. La Constitución de 1819 (llamada también de Angostura), basada en el proyecto del Libertador Simón Bolívar, concede especial importancia a la educación pública pero sin mayores consecuencias⁶⁸¹. La Constitución de 1830, obliga al Congreso a nivel nacional: “Promover por leyes de educación pública en universidades y colegios” (Art. 87, núm.17) y a nivel Provincial, “...establecer por todos los medios que estén al alcance escuelas primarias y casas de educación” (Art. 161, núm. 17)⁶⁸². Durante su vigencia, destaca la designación del Dr. José Ma. Vargas en funciones de Director General de la Instrucción Pública por allá en 1838, quien propone “una educación popular con una escuela elemental, básica, gratuita

⁶⁷⁷ Véase Brewer Carías, Allan. *Historia Constitucional de Venezuela*, tomo I, Colección Trópicos/Historia, Nro.81, Ed. Alfa, Caracas, 2008, p.197

⁶⁷⁸ Spósito Contreras, Emilio. *La moral y las luces de Simón Bolívar en la Constitución vigente*, Tribunal Supremo de Justicia, Fund. Gaceta Forense, Edición y publicaciones, Caracas, 2013, p.200.

⁶⁷⁹ López-Orihuela, Alcides. *La educación función social del Estado*, M.J. Editores, Caracas, 2007, p.11.

⁶⁸⁰ En la recopilación de Ricardo Combellas, Simón Bolívar “afrontó directamente seis procesos constituyentes: el *sui generis* de 1813, fallido ante la caída de la II República; en 1819, proceso constituyente que desembocó en la Constitución de Angostura; en 1821, que sanciona la Constitución de Cúcuta; en 1828, el fracasado proceso constituyente de Ocaña; y, en 1830, con la convocatoria del «Congreso Admirable». Cfr., Combellas, Ricardo. *La tradición republicana. La doctrina bolivariana y la Constitución de 1999*, en: Visión Iberoamericana del tema constitucional, Fund. Manuel García-Pelayo, Caracas, nov., 2003, p.157.

⁶⁸¹ Spósito Contreras, E. *La moral...*, p.201.

⁶⁸² Spósito Contreras, E. *La moral...*, pp.201-202.

y obligatoria⁶⁸³”. Posteriormente, vendrán las Constitucionales de 1857 (Art. 38) y de 1858 (Art. 64); con los mismos contenidos en el ámbito educativo (salvo algunos cambios de redacción⁶⁸⁴). La propia Academia de la Historia da cuenta que para ese momento, no estaban dadas en el país “las condiciones para plantear una política educativa para las masas⁶⁸⁵”.

En adelante no entraremos en los distintos movimientos contrarios a ese desarrollo que llevaron a incluso a diversas guerras internas, pero si queremos destacar que fue el inicio de un secular proceso de pugnas ideológicas y de clases cuyas reminiscencias –sin exageración- parecen sentirse en el presente. En ese orden, el Decreto del 27 de junio de 1870 expedido por Antonio Guzmán Blanco establece “un nuevo régimen sobre instrucción primaria universal, gratuita y obligatoria⁶⁸⁶”; para una escuela primaria elemental (que se correspondía a los primeros cuatro años) y que no se extendería todavía a la primaria superior (de dos años adicionales⁶⁸⁷). Finalizada la era guzmancista (1887) vuelve la inestabilidad política con sucesivos golpes de Estado promovidos por el sector militar (tomando el poder en orden consecutivo el General Joaquín Crespo; sucedido por el General Cipriano Castro y éste por Juan Vicente Gómez), lo que implicaba un retroceso de aquellos primeros avances en el campo educativo⁶⁸⁸.

El tipo de educación (llamada escuela nueva) que nace en 1870 con aquel Decreto originario (guzmancista) se proyectará con sus limitaciones hasta 1935, sin importantes progresos ni en su «*contenido*», ni en su orientación⁶⁸⁹. Durante ese

⁶⁸³ Luque, Guillermo. *Educación, pueblo y ciudadanía. La educación venezolana en la primera mitad del siglo XX (1899-1950)*, Fundación Ed. el perro y la rana, Sistema nacional de culturas populares, 2ª ed., Caracas, 2010, p.11.

⁶⁸⁴ Spósito Contreras, Emilio, *La moral...*, p.202.

⁶⁸⁵ Academia Nacional de la Historia, en: *Propuestas a la Nación*. Academias Nacionales de Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y sociales, Contribución a la celebración del Bicentenario de la independencia, Ed. Italgráfica, Caracas, 2011, p.105.

⁶⁸⁶ Academia Nacional de la Historia, en: *Propuestas a la Nación...*, p.108.

⁶⁸⁷ Luque, Guillermo. *Educación, pueblo y ciudadanía...*, p.12.

⁶⁸⁸ *Ob. Cit.*, p.13.

⁶⁸⁹ *Ob. Cit.*, p.19.

período van a tener lugar distintas leyes en el campo educativo de 1915, 1921 y 1924. En esa etapa resalta la Dictadura de Juan Vicente Gómez (quien tomará los destinos del país durante los próximos 27 años), lo que influyó decisivamente –advierte Luque- en quebrantar el aparato educativo público estatal⁶⁹⁰. A pesar del oscurantismo por el grado de ignorancia que reinaba; al parecer de algunos –como Plaza⁶⁹¹-, se abría un nuevo rumbo para la educación pública venezolana; opinión que acusamos de “ideologizada” en favor de aquella clase dominante. Por ende, somos partidarios con Luque que no se precisaron avances significativos en el sistema escolar básico si tomamos en cuenta que continuaba siendo restrictivo⁶⁹².

Estamos pues en la Venezuela rural en plena dictadura liberal, dando lugar a que cierta oposición de partidos políticos desde la clandestinidad o el exilio (impulsados desde la ideología de izquierdas), exigían más educación de las mayorías analfabetas⁶⁹³, en virtud de que la primaria obligatoria mantenía sus deficiencias⁶⁹⁴. Finalmente, la muerte del dictador Juan Vicente Gómez permite el relevo en Junta Cívico Militar liderada por el también militar Eleazar López Contreras (mientras se convoca a elecciones), con quien –en palabras de Luque- “se inició un período de transición hacia la democracia y el *Estado social*”⁶⁹⁵. En ese período, eran más intensas las divergencias ideológicas y dado el predominio liberal en el poder legislativo, el proyecto de ley de la corriente progresista no se aprobó; acusándose “de querer propiciar una acentuada tendencia socialista a la manera mexicana⁶⁹⁶” [es obvio que se estaba haciendo especial alusión a la Constitución de Querétaro de 1917]. Luego de intensos enfrentamientos en la calle y dada la presión social (que culminaría el 14 de febrero de 1936 con muertos y

⁶⁹⁰ Luque, Guillermo. *Educación, pueblo y ciudadanía...*, p.29.

⁶⁹¹ Plaza, Elena. *Itinerario de un intelectual venezolano de fin de siglo en José Gil Fortoul (1861-1943)*, p.17, citada por Guillermo Luque, p.31.

⁶⁹² *Ob. Cit.*, p.33.

⁶⁹³ *Ob. Cit.*, p.43.

⁶⁹⁴ *Ob. Cit.*, p.43.

⁶⁹⁵ *Ob. Cit.*, p.47.

⁶⁹⁶ *Ob. Cit.*, p.57.

heridos), el reciente gobierno de López Contreras aprobaría lo que se conocería como el Programa de febrero (con contenía distintas líneas de acción en diversas materias); y que específicamente en el ámbito educativo prometía «organizar la educación nacional con el fin de nivelarnos con los pueblos más adelantados⁶⁹⁷». Las demandas que dieron lugar a la crisis generada en 1936 generaron enorme interés por la educación pública⁶⁹⁸.

Tiempo después, se expidió la *Ley de educación* (1940) que tiene como característica esencial *la gratuidad para toda la educación suministrada por el Estado y no sólo para la Educación Primaria Elemental*⁶⁹⁹. A pesar de toda la oposición conservadora y liberal, la educación pública oficial creció en cantidad y calidad⁷⁰⁰. Antes de llamarse a elecciones como se había previsto, tiene lugar nuevo golpe de Estado del 18 de octubre de 1945 (conocida como la Revolución de Octubre); constituyéndose una Junta Revolucionaria de Gobierno (presidida por Rómulo Betancourt e integrada entre otros por Prieto Figueroa, así como de oficiales del Ejército) en cuya primera alocución se fijaron como metas convocar elecciones, aprobar una nueva Constitución, junto a la promesa de «*mejorar los servicios públicos y de crear más escuelas*⁷⁰¹».

Si bien Prieto Figueroa como político del momento, se quejaba que *el Estado venezolano no ha asumido con “sinceridad” la educación del pueblo*⁷⁰², tendría lugar en 1946 la Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente⁷⁰³, que terminó con **la propuesta “histórica” al colocar al derecho a la educación con rango constitucional**; quedando sancionada con la Constitución de 1947

⁶⁹⁷ *Programa de febrero* (21-02-1936).

⁶⁹⁸ Luque, Guillermo. *Educación, pueblo y ciudadanía...*, p.50.

⁶⁹⁹ *Ob. Cit.*, p.55.

⁷⁰⁰ *Ob. Cit.*, p.63.

⁷⁰¹ *Ob. Cit.*, pp.74-75.

⁷⁰² *Ob. Cit.*, p.79.

⁷⁰³ Arráiz Lucca, Rafael. *Las constituciones de Venezuela (1811-1999)*, Ed. Alfa, Biblioteca Rafael Arráiz Lucca, Nro.07, Ed. Melvin, Caracas, 2012, p.59

que trazaba en sus tareas la mayor actuación del Estado como constructor de un «Estado de Bienestar⁷⁰⁴». Convocadas las elecciones resulta ganador por el voto popular el novelista y ex ministro de Educación, Rómulo Gallegos, dando paso a un fuerte debate sobre el tema educativo que llegó a tal punto de erosionar el piso político de su Gobierno⁷⁰⁵; generando ola de protestas y agitación social en buena medida a raíz del *Decreto 321* de 1946 (de contenido educacional⁷⁰⁶). Mientras se aprueba la *Ley Orgánica de Educación de 1946*; el Presidente Gallegos es despojado del poder por un nuevo golpe de Estado liderado por el Coronel Marcos Pérez Jiménez⁷⁰⁷. Por esta razón, esa ley no pudo ser aplicada⁷⁰⁸ –como señala Almécija Bermúdez-, siendo inmediatamente sustituida por el *Estatuto Provisional de Educación de 1949*⁷⁰⁹, hasta que la nueva dictadura (ya declarada) aprobara su propia *Ley de Educación de 1955*⁷¹⁰. En general, la época de la dictadura de Pérez Jiménez (1948-1958) constituye un claro retroceso a la idea del Estado social de derecho⁷¹¹.

Finalmente, el 23 de enero de 1958 el último Dictador venezolano es despojado del poder; emprendiendo la construcción de una nueva etapa democrática cuando vendría a sancionarse la Constitución de 1961, texto que tomó algunos aspectos de la Constitución de 1947; pero que en materia de *derechos* “regresó” a la Constitución de 1936⁷¹². A pesar de tal regresión, algunos otros autores sostienen que en materia educativa en 1936 inició el llamado

⁷⁰⁴ Arráiz Lucca, Rafael. *Las constituciones de Venezuela...*, p.60.

⁷⁰⁵ Luque, Guillermo, *Educación, pueblo y ciudadanía...*, p.89.

⁷⁰⁶ Fernández Heres, Rafael. *Educación en democracia...*, p.72.

⁷⁰⁷ Fernández Heres, Rafael, *Ob. Cit.*, p.91

⁷⁰⁸ Almécija Bermúdez, Juan. *La cultura en la educación...*, p.127.

⁷⁰⁹ Fernández Heres, Rafael. *Educación en democracia...*, p.92.

⁷¹⁰ *Ob. Cit.*, p.92.

⁷¹¹ Combellas, Ricardo. *El Estado social de Derecho, la Constitución de 1961 y la reforma del Estado en Venezuela*, en: Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.58.

⁷¹² Arráiz Lucca, Rafael. *Las constituciones de Venezuela...*, p.61.

constitucionalismo social⁷¹³. En cualquier caso, sin importar los avances como algunos quieran defender, se consiguen más críticas por lo que se dejó de hacer⁷¹⁴. En esa última etapa, se observa una *relación sustancial* (y aparentemente social a modo de hilo conductor entre los textos constitucionales de 1936, 1947 y 1961 respecto al tema educativo); situación que según Ávila Hernández y Martínez de Correa es necesario para comprender la vigente Constitución de 1999⁷¹⁵; a cuyo texto nos remitimos en el presente.

1.3.1. La educación/enseñanza gratuita como derecho fundamental (textos constitucionales de 1961 y 1999).

No menos polémico resulta el período “democrático” –hasta ahora más largo- con relación al campo educativo. Otra vez se encuentran distintas visiones de investigadores patrios respecto del tema educativo: una valoración positiva (Fernández Heres); una valoración modesta o intermedia (Rachadell) y una perspectiva negativa (Luque, Almécija Sánchez, Brewer y otros más). Para analizar estos asuntos decidimos dividir el tiempo constitucional entre los textos de 1961 y la vigente de 1999; empezando con la primera. Para la mayoría de autores consultados, ese texto de 1961 fue producto de un gran consenso (Fernández Heres⁷¹⁶; Álvarez Díaz⁷¹⁷; Combellas⁷¹⁸). Otros como Rachadell (otrora político de

⁷¹³ Ávila Hernández, Morella y Martínez de Correa, Luz. *Reflexión sociojurídica sobre los derechos fundamentales prestacionales en Venezuela. Caso: Los derechos educativos*, Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, Universidad del Zulia, Vol. VII, núm.1, ene-jul., 2001, p.124. Disponible:<http://www.sicht.ucv.ve:8080/bvirtual/doc/analisis%20de%20coyuntura/contenido/volumenes/2001/1/06-Avila.pdf> (enero 2014).

⁷¹⁴ Entre estos trabajos, Augusto Mijares escribía en el exilio **sobre la pérdida o estancamiento en materia educativa de al menos 50 años en comparación con el progreso mundial**. Mijares, Augusto. *Educación. Algunos problemas de orientación ejecutiva que son también problemas políticos y sociales*, Impresos Manuel León Sánchez, México, 1943, p.14.

⁷¹⁵ Ávila Hernández y Martínez de Correa, *Reflexión sociojurídica...*, p.124.

⁷¹⁶ Fernández Heres, Rafael. *Educación en democracia. Historia de la educación en Venezuela (1958-1973)*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, tomo I, Caracas, 1983, p.73.

⁷¹⁷ Álvarez Díaz, Ángel E. *La constitución de 1961 y los retos de la Venezuela postpopulista*, en: *Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.167.

ese status quo), evidentemente piensa que aquel texto en su momento fue “el más avanzado en este aspecto en el ámbito mundial⁷¹⁹”; afirmación que nos suena estridente, cuando el mismo reconoce que la práctica política en muchas materias dejó una agenda pendiente⁷²⁰. La educación gratuita -agregamos-, fue una de esas materias pendientes.

Aunque el derecho a la educación estaba regulado como derecho fundamental (de la «política educacional» en sus artículos 78 al 83⁷²¹); en el entendido de tales directrices constitucionales exigían naturalmente el desarrollo correspondiente a través de la ley⁷²², a pesar de que para el sector oficial eran notables los avances⁷²³ (Mora), donde se favoreció la universalidad en el tema educativo⁷²⁴ (Fernández Heres); al contrario, lo cierto fue que como ese mismo sector viene a reconocer (tardíamente), **tuvo que esperarse diecinueve (19) años desde su regulación constitucional para la aprobación de la ley respectiva en julio de 1980**⁷²⁵. Por esta grosera omisión política, la valoración negativa de ese período es fundada (Luque⁷²⁶; Almécija Bermúdez⁷²⁷).

⁷¹⁸ Combellas, Ricardo. *El Estado social de Derecho, la Constitución de 1961 y la reforma del Estado en Venezuela*, en: Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.67.

⁷¹⁹ Rachadell, Manuel. *El proceso político en la formación y vigencia de la Constitución de 1961*, en: Visión Iberoamericana del tema constitucional, Fundación Manuel García Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2003, p.135.

⁷²⁰ Rachadell, Manuel. *El proceso político...*, p.142.

⁷²¹ Fernández Heres, Rafael. *Educación en democracia...*, p.72.

⁷²² Fernández Heres, Rafael. *Educación en democracia...*, p.75.

⁷²³ Reinaldo Leandro Mora en memoria presentada al Congreso en 1963 acerca de los “logros” alcanzados en materia educativa. Citado por Heres Fernández, Rafael, pp.88-89.

⁷²⁴ Fernández Heres, Rafael. *Educación en democracia. Historia de la educación...*, p.78

⁷²⁵ *Ob. Cit.*, p.75.

⁷²⁶ Luque, Guillermo. *Educación, pueblo y ciudadanía. La educación venezolana en la primera mitad del siglo XX (1899-1950)*, Fundación Ed. el perro y la rana, Sistema nacional de culturas populares, 2ª ed., Caracas, 2010.

⁷²⁷ Almécija Bermúdez, Juan. *La cultura en la educación venezolana*, en: Aproximación a nuestra cultura, Fundación Venezuela positiva, Caracas, 2011, p.128.

Durante esa primera parte de la democracia se impuso la entonces tesis dominante (liberal) donde la Constitución era simplemente programática; pues a pesar de que el propio texto constitucional establecía que «todos tienen derecho a la educación» (Art. 78); esa visión liberal negaba que allí derivase alguna “facultad de exigir una prestación positiva de servicios educativos⁷²⁸”. Con esa perspectiva, no sorprende que después los resultados sean tan desalentadores; cuando incluso algún gobierno de turno viniera a reconocer tal grado de crisis⁷²⁹. Era tan evidente, que uno de los más importantes investigadores nacionales –sino el más importante- como Brewer Carías (1975), incluso siendo de la corriente más conservadora, llegó a reconocer:

“El Estado debe entonces asumir la educación, inclusive familiar de los cada vez más numerosos niños y menores que viven —si es que puede llamarse vida— en nuestros barrios. Frente al panorama de los menores de los miserables suburbios de las grandes ciudades, es una falacia imperdonable hablar del derecho y deber a la educación y de la libertad de escoger la educación de los hijos. Allí ni hay derecho ni hay libertad, lo que hay es miseria e indigencia⁷³⁰”.

En consecuencia, era evidente la crisis del sector educativo. La carencia legislativa por deficiente ejecución constitucional en el campo de los derechos sociales, en especial, en materia de la educación incumpliendo el principio de solidaridad social⁷³¹; hasta que mucho después de intensas movilizaciones de diversos sectores sociales afectados y presiones de calle, se aprobara la *Ley Orgánica de Educación (1980)*.

⁷²⁸ Linares Benzo, Gustavo. *Actos normativos inconstitucionales por contrario de derechos fundamentales*, en: Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.226.

⁷²⁹ Informe de la Comisión Presidencial del proyecto educativo nacional (en tiempos de la presidencia de Jaime Lusinchi). Educación en Venezuela. Problemas y soluciones, Colección documentos, Nro.1, Instituto de Previsión social del Ministerio de Educación, Caracas, 1986, p.28. Dicha Comisión estaba presidida por el Dr. Arturo Uslar Pietri.

⁷³⁰ Brewer-Carías, Allan. *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, p.57.

⁷³¹ Combellas, Ricardo. *El Estado social de Derecho, la Constitución de 1961 y la reforma del Estado en Venezuela*, en: Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.81.

Las cosas no quedaron allí, pues adicionalmente el poder legislativo acompañó la conducta omisiva del gobierno al afectar la ya precaria prestación de servicios educativos, bajo el argumento de las conocidas tesis de la reserva de lo posible o disponibilidad fiscal. Para esa época, los poderes públicos desarrollaron una serie de recetas económicas basada en “recomendaciones” de algunos organismos multilaterales para paliar la crisis económica y fiscal” (especialmente el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial⁷³²).

Aún en presencia de la gratuidad del derecho a la educación y de su adscripción como derecho fundamental, los agentes políticos pusieron en vigencia algunas acciones referidas al *pago de la instrucción básica o primaria (inclusive en planteles oficiales)*; mediante las figuras de *auto y cogestión* sobre todo en la etapa primara de la educación⁷³³. Se razonaba que dada la crisis económica, la educación no podía ser gratuita; desconociendo abiertamente su carácter de derecho fundamental, incurriendo en una relativización e incluso desnaturalización de ese derecho⁷³⁴. Incluso en la educación oficial que suponía gratuidad; el liderazgo político defendía que el **Estado no era el único responsable por dicho derecho prestacional con relación a sus costos por servicios**, ya que también los representantes de los alumnos eran sujetos de tal responsabilidad –a través de las llamadas Asociación de Padres y Representantes-, a quienes se les “trasladaba” el pago de ciertas erogaciones⁷³⁵. Semejante deslegitimación del sistema (del poder legislativo en conjunto al gobierno en concordar la afectación

⁷³² Un informe de Provea señala en esta dirección: “(...) se pretendía imponer el criterio neoliberal de reforma educativa propuesto por el BM, lo que sin duda entraba en contradicción con la garantía del derecho a la educación.” *Vid.*, Cubas, Raúl. *Democracia y exclusión: experiencias de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, en: La exigibilidad de los DESC como base de una democracia inclusiva, III seminario de formación en Derechos Económicos, sociales y culturales, Universidad Católica Andrés Bello, Provea, Caracas, 2002, p.38.

⁷³³ *En defensa de la universidad gratuita. La lucha de los estudiantes de la Universidad Simón Bolívars para restituir la gratuidad*. Experiencias, Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos, Caracas, 2008, p.18

⁷³⁴ Entre múltiples trabajos que daban cuenta de esta situación, véase específicamente acerca de la gratuidad: www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/003_derecho_a_la_educacion2.pdf (enero, 2014).

⁷³⁵ Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos, Caracas, 2008,...p.18.

directa al derecho a la educación), llevaría a algunos como Combellas –a quien seguimos- considerar que el “paradigma” del Estado social ha tenido un pálido desarrollo⁷³⁶.

La educación se vio afectada en dos direcciones. Primero, se encontró entre aquellos derechos afectados por consecuencia de aquella *omisión política* (en dejar de hacer lo que debió hacerse –al no aprobarse la ley respectiva sino 19 años después de promulgada la Constitución; al no construirse un sólido sistema educativo: con precarias escuelas, falta de sistema de oposiciones de profesores, falta de incentivos salariales; etc.) y segundo, por la *acción política* (producto de las diversas órdenes/acciones que no debieron hacerse –como el cobro de matrículas en institutos públicos-).

Estos primeros traumas junto a la pérdida de la legitimación política de aquel sistema; conllevó al proceso constituyente que produjo la aprobación del vigente texto constitucional de 1999; que si bien mantiene (en teoría) *el estatus del derecho a la educación como derecho fundamental*, sus resultados materiales son pocos alentadores. No obstante, para algunos existen ciertos avances que atribuyen a las acciones del gobierno nacional en el tema de «acceso educativo⁷³⁷». Para López-Orihuela se podría encontrar en la «eliminación del cobro de matrículas en las escuelas públicas, programa de alimentación escolar, la creación de las escuelas bolivarianas y el incremento del presupuesto dedicado a la enseñanza⁷³⁸». Pero no obstante, aún y reconociendo tales esfuerzos, otros trabajos mantienen una evaluación negativa basados en la discontinuidad de la reforma educativa trazada

⁷³⁶ Combellas, Ricardo. *El Estado social de Derecho, la Constitución de 1961 y la reforma del Estado en Venezuela*, en: Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.81.

⁷³⁷ La Defensora del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela (cuya máxima dirigente es una ex diputada del partido oficial que renunció a la militancia semanas antes para postularse al cargo y obtener “inmediatamente” su designación por los votos del partido oficial), obviamente evalúa positivamente los avances gubernativos en el ámbito educativo. *Cfr., Informe sobre Derechos Humanos*, IV, Educación, Federación Iberoamericana de Ombudsman, G. Escobar (Dir.), Aecid, Trama Ed., Madrid, 2008.

⁷³⁸ López-Orihuela, Alcides. *La educación función social del Estado*, M.J. Editores, Caracas, 2007, p.137.

con la ley de 1980 hasta el presente⁷³⁹; posición que suscribimos por las causas expuestas al final del capítulo.

Algunos encuentran que los lineamientos principales en materia educativa de la vigente CRBV (1999) son consustanciales a la anterior Constitución de 1961 (Linares Benzo⁷⁴⁰; Mabel Mundó⁷⁴¹), sobre cuya cuestión opinamos, que si bien existen algunas “relaciones” entre ambos textos, no hay que perder de vista que en el texto constitucional actual la educación se regula como «derecho humano».

En nuestro caso, los tratados internacionales de derechos humanos gozan de una especial posición en el sistema de fuentes desde su bloque de constitucionalidad en conformidad con el artículo 23 CRVB⁷⁴². La única identidad puede encontrarse en su forma de regulación como derecho fundamental.

Entre las singularidades del sistema constitucional venezolano, la (anterior) *Ley Orgánica de Educación de 1980* y su Reglamento de 1986, estuvieron vigentes mucho tiempo después de aprobada el nuevo esquema constitucional de 1999. Posteriormente, con la pretensión de una reforma “radical” a los contenidos de la educación y a la enseñanza; se suceden los más constantes enfrentamientos (verbales e incluso físicos en la calle) entre los partidarios que intentaban “ideologizar” la educación para la creación de un *hombre nuevo* y los padres y representantes de los niños y adolescentes que se oponían.

Debido a esa altísima polarización de conflictividad social, la práctica política fue postergando la aprobación de la ley; cuyo proyecto estuvo largo tiempo

⁷³⁹ Es el caso de Mundó, Mabel. *La discontinuidad en las políticas públicas: La Reforma de la educación pública*, tomo I, Bid & co. Editor, 1ª ed., Cendes, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp.242/270.

⁷⁴⁰ Linares Benzo, Gustavo. *Bases constitucionales de la educación*, en: Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila, Nro.2, abril, Caracas, 2001, p.217.

⁷⁴¹ Mundó, Mabel. *La discontinuidad...*, p.247.

⁷⁴² **Artículo 23 CRBV:** “Los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

en constante debate público, hasta que finalmente con motivo de la no presentación de la oposición política a las elecciones del Parlamento (alegando fraude por cambios de circuitos electorales, por el sistema de contabilización de votos y por la existencia de la mayoría de rectores del máximo ente comicial afectos al oficialismo); el único sector “oficialista” del Congreso, aprobó la nueva *Ley Orgánica de Educación del 15 de agosto de 2009* y su Reglamento. Por estar al margen de los objetivos de este trabajo, debe informarse nada más que la pretensión del sector que impulsó estos cambios sugiere se adecúe en el marco de unos objetivos generales del llamado *Plan de la Patria (2007-2013)*, que no es otra que se profundice la “nueva ética socialista y que todos vivamos en similares condiciones”.

Nuestra evaluación no puede ser sino negativa. *Otra vez se usa el tema ideológico para afectar el derecho fundamental a la educación*, al asignarse recursos económicos dispares frente a gobernaciones y a Alcaldías de distinto signo político opuestos al gobierno central. Las mayores quejas son justamente atribuidas al gobierno y al legislativo por la afectación del derecho a la educación que se deja de prestar⁷⁴³; en donde universalidad y gratuidad “aparecen menoscabados en su praxis...⁷⁴⁴”.

Todos estos elementos en su conjunto revelan circunstancias apremiantes para el ciudadano con respecto a las expectativas de derecho en el sector educativo; e indican que, si no estamos en presencia de una crisis; acaso esté tan internalizada que sea en sí misma una característica de este sistema.

Viendo el comportamiento de quienes detentan el poder durante la Constitución de 1961 y de 1999, nos preguntamos: *¿alguien todavía tiene dudas sobre las consecuencias de confiar (todo) en el poder político respecto al desarrollo del derecho fundamental a la educación gratuita?*

⁷⁴³ Ávila Hernández, Morella y Martínez de Correa, Luz. *Reflexión sociojurídica sobre los derechos fundamentales prestacionales en Venezuela. Caso: Los derechos educativos*, Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, 2001, Vol. VII, núm.1, ene-jul., p.124.

⁷⁴⁴ *Ob. Cit.* p.124.

1.4. Conclusiones preliminares.

Por distintos motivos e impulsos, las disputas ideológicas en España y en Venezuela en torno al campo educativo/enseñanza alguna vez fueron tan intensas que contribuyeron –y bastante- al clima de crispación en determinado momento de su historia como se recogió atrás. Los hechos y circunstancias respecto del derecho a la educación y su evolución político/constitucional, en ambos países, pasaron del necesario debate público en la arena política (lo que sería conveniente y sano), a ser elemento importante en otro tipo de enfrentamiento “ideológico”: las acciones de fuerza. En ambos lugares, determinados eventos históricos dan cuenta que resultado de la toma de decisiones de determinado sector en ejercicio de gobierno y legislativo, generaron en su oportunidad –respectivamente- cierto rechazo del otro “bando” –más allá de la oposición pasiva-, cuando las discusiones pasaron algunas veces a los enfrentamientos físicos. Está documentado que esas disputas ideológicas en torno al derecho a la educación y a la enseñanza hayan contribuido (junto a otros factores), a abruptos cambios (dictaduras junto a otros intentos de golpes de Estado); lo que demuestra los peligros que aún no estén solventes algunos “puntos” como verdaderos pactos; sugiere la necesidad de ponerse de acuerdo en torno a unas condiciones o elementos de mínima comunicación⁷⁴⁵.

A pesar de estos tristes antecedentes, en ambos sistemas constitucionales *se ha logrado cierto consenso alrededor de la previsión del derecho a la educación como típico derecho prestacional de carácter fundamental*; quedando parte de la disputa política concentrada a otras áreas como la enseñanza (contenidos) o esperando que en momentos de crisis se ponga a prueba el aparato burocrático relativo a la prestación universal del servicio educativo. Específicamente, Venezuela sale muy mal evaluada en la consideración de un derecho desfundamentalizado por múltiples factores.

Todas estas cuestiones por demás intensas, nos lleva a reflexionar: Si por definición es cierto que la democracia se predica a través de los órganos de

⁷⁴⁵ En la actualidad, en Venezuela estos enfrentamientos ocurren cada vez con más frecuencia; incluso con cientos de estudiantes fallecidos y miles apresados por reclamar en las calles sus derechos constitucionales (sobre todo a nivel de estudios de nivel medio y universitario).

representación (porque así está razonado como sistema); de forma que el “pueblo” se sienta identificado (en su pluralidad) por sus designados por voto popular; ello no ha impedido los múltiples inconvenientes de dejar ese papel de “distinguidor” de esos contenidos básicos al legislador y además ejecutor del gobierno en sus políticas públicas. Reconocemos las bondades que se haya razonado de esta forma porque así se predica la democracia; en donde siempre habrá oportunidades de que si determinada opción política no cumple, enseguida venga la otra. Pero la cosa no es tan sencilla como parece. Siempre habrá cuestionamientos acerca de *si las decisiones que tome determinada opción, cumplen con la “constitucionalidad” en el establecimiento de los contenidos mínimos de derechos sociales en el campo educativo.*

El tema educativo requiere de precisar aspectos realmente mínimos que evite más conflicto ideológico.

2. LA EDUCACIÓN PÚBLICA (GRATUITA) COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL DE PRESTACIÓN GENÉRICA.

En cualquier lado es abundante la doctrina que reconoce el carácter prestacional del derecho a la educación⁷⁴⁶. En España, el profesor Pérez Royo lo entiende como “un derecho con una vertiente prestacional muy importante⁷⁴⁷”, característica que –salvo poquísimas objeciones⁷⁴⁸–, aparece así entendida por la

⁷⁴⁶ En el caso de **Alemania**, *Vid.* Joachim Faller, Hans. *Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación de la república federal de Alemania*, Trad. Paloma Nicolás Muñiz, Revista española de derecho constitucional, año 3, núm.7, ene-abr., España, 1983, p.17. Sobre **Estados Unidos de Norteamérica**, *Vid.*, Alonso García, Enrique. *Nota acerca del derecho a la educación como derecho fundamental en la jurisprudencia constitucional norteamericana*, Revista española de derecho constitucional, año 3, núm.7, ene-abr., España, 1983, p.399.

⁷⁴⁷ Pérez Royo, Javier. *La elaboración de la constitución y sus condicionantes: Una reflexión a los treinta años de su entrada en vigor*, En: El control del poder, tomo II, Biblioteca peruana de Derecho Constitucional, P. Häberle y D. García Belaúnde (Coords.), nro.38, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Fondo Ed. de la Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2012, p.828

⁷⁴⁸ *Vid.* Ortíz Díaz, José, *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga, 1980, p.244.

mayoría de los autores consultados (Díaz Revorio⁷⁴⁹; Castillo Córdova⁷⁵⁰; Redondo⁷⁵¹; Cámara Villar⁷⁵²; Martínez López-Muñiz⁷⁵³; Ojeda Marín⁷⁵⁴; Prieto Sanchís⁷⁵⁵; Rubio Llorente⁷⁵⁶; Sánchez de Vega⁷⁵⁷; Aláez⁷⁵⁸; Fernández Miranda-Campoamor⁷⁵⁹; Canosa Usera⁷⁶⁰; Gallego Rodríguez⁷⁶¹; Salguero⁷⁶²; Nuevo

⁷⁴⁹ Díaz Revorio, Francisco Javier. *El derecho a la educación*, en: Parlamento y Constitución, anuario, nro.2, 1998, p.276. Disponible: www.hhttp://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/197136.pdf (enero, 2014).

⁷⁵⁰ Castillo Córdova, Luis. *La dimensión objetiva o prestacional del derecho fundamental a la educación*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2005, p.76. Disponible: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2397/1/AD-9-4.pdf> (marzo, 2015).

⁷⁵¹ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.70.

⁷⁵² Cámara Villar, Gregorio. *El derecho a la educación*, en: Comentario a la constitución económica de España, C. Molina Navarrete y otros (Coords.), Ed. Comares, Granada, 2002, p.980.

⁷⁵³ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas*, en: Los derechos fundamentales en la educación, J. L. Requero Ibañez y J. L. Martínez López-Muñiz (Dirs.), Cuadernos de Derecho Judicial, 11-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p.30.

⁷⁵⁴ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica*. Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.116.

⁷⁵⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad*, Revista del Centro de estudios constitucionales, sept-dic., España, 1995, p.15.

⁷⁵⁶ Rubio Llorente, Francisco. *Constitución y educación*, en: Constitución y economía, Edersa, Madrid, 1977, p.103.

⁷⁵⁷ Sánchez de Vega, Agustín. *La prestación de la educación*, Conmemoración de los 25 años de la Constitución Española, revista jurídica de Castilla y León, nro.1 (extraordinario), España, 2004, p.233.

⁷⁵⁸ Aláez Corral, Benito. *El derecho a la educación del menor como marco delimitado de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos*. Conferencias y seminarios, Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas. I Encuentro sobre estudios jurídicos políticos en educación. Fund. Europea Sociedad y educación, 2006, España, pp.89 y ss.

⁷⁵⁹ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. *El estado social*, Revista española de derecho constitucional, año 23, núm.69, sept-dic., 2003, pp.161-162. Disponible: <file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-ElEstadoSocial-802674.pdf> (marzo, 2015).

⁷⁶⁰ Canosa Usera, Raúl. *En Sinopsis, artículo 27 CE y sus concordancias*, Congreso de los diputados, 2003. Disponible: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=27&tipo=2> (febrero, 2014).

⁷⁶¹ Gallego Rodríguez, Pablo. *E-learning y derecho*, Ed. Reus, Madrid, 2010, p.42.

⁷⁶² Salguero, Manuel. *El derecho a la educación*, en: Constitución y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 711 y ss.

López⁷⁶³; Peces-Barba⁷⁶⁴; Martínez de Pisón⁷⁶⁵; junto a Sánchez Ferriz y Jimena Quesada⁷⁶⁶ -citados por Cotino Hueso⁷⁶⁷). En ese país sin embargo, aparecen notables opiniones acerca de a cuáles preceptos se dedica tal enunciado prestacional; donde su mayoría encuentra *únicamente* del apartado 4 del artículo 27 CE; frente a quienes sostienen del conjunto de (todos) los numerales a lo largo del artículo 27 CE; es decir, que “con el derecho a la educación sólo empieza –pero en modo alguno acaba- con el acceso a la educación” (Cotino Hueso⁷⁶⁸).

En Venezuela, también la mayoría de la doctrina consultada –salvo pocas objeciones puntuales⁷⁶⁹- reconoce la naturaleza prestacional de este derecho (Casal Hernández⁷⁷⁰; Peña Solís⁷⁷¹; Duque Corredor⁷⁷²; Bolívar⁷⁷³; Herrera⁷⁷⁴; López-

⁷⁶³ Nuevo López, Pablo. *La constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, Netbiblo, Uned, 2009, p.89.

⁷⁶⁴ Peces-Barba M, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.291.

⁷⁶⁵ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto de derechos humanos, Bartolomé de Las Casas, Dykinson, Madrid, 2003, p.132.

⁷⁶⁶ Sánchez Ferriz, Remedio y Jimena Quesada, Luis. *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995, p.62.

⁷⁶⁷ Citado por Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p.99.

⁷⁶⁸ Cotino Hueso, Lorenzo, *Ob. Cit.*, pp.100 y 102.

⁷⁶⁹ El profesor Linares Benzo niega que se esté en presencia de un verdadero derecho prestacional. *Cfr.*, (i) Linares Benzo, Gustavo. *Derechos prestacionales y separación de poderes*, en: Constitución y constitucionalismo hoy, Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de M. García-Pelayo, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2002, p. 415. (ii) Linares Benzo, Gustavo. *Bases constitucionales del derecho a la educación*, en: Derecho y sociedad, nro.2, abril, Universidad Monteávila, Caracas, 2001, p.226.

⁷⁷⁰ Casal H., Jesús María. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Ed. Legis., 1ª ed., Caracas, 2010, p. 25.

⁷⁷¹ Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Manuales universitarios, Ediciones Paredes, Caracas, 2014, p. 185.

⁷⁷² Duque Corredor, Román J. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho público*. Temas constitucionales, Ed. Legis, 1ª ed., Colombia, 2008, p.337.

Orihuela⁷⁷⁵; Hernández⁷⁷⁶; Ávila y Martínez de Correa⁷⁷⁷; y finalmente con los profesores Lares Martínez y Brewer Carías⁷⁷⁸, citado por el último).

Siguiendo la tesis que reconoce la naturaleza prestacional del «derecho a la educación», en nuestra opinión, se hace para distinguirlo con un derecho “relacional” a éste, como lo sería el «derecho a la enseñanza» al que se asocia comúnmente. Para el caso español, leyendo a Cotino Hueso aunque algunos autores asumen el tratamiento del derecho a la educación y el derecho a la enseñanza como sinónimos⁷⁷⁹; él mismo prefiere la distinción. De tal suerte, que el derecho a la enseñanza puede ubicarse en el ámbito de la “libertad” de enseñanza; para reservarse el derecho a la educación en sentido del derecho a «recibir» la educación más como un derecho de prestación⁷⁸⁰. Con dicho carácter prestacional, “los poderes públicos tienen la obligación de prestar el servicio de enseñanza⁷⁸¹”.

⁷⁷³ Bolívar, Ligia. *Derechos Económicos, sociales y culturales. Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*. Instituto interamericano de derechos humanos serie estudios básicos, Tomo V, San José de Costa Rica, 1996.

⁷⁷⁴ Herrera M., Carlos Eduardo. *La educación en Venezuela como derecho de libertad y como derecho prestacional*. Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano, N° 3, Caracas, 2014, p.119. Disponible: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/12/LA-EDUCACION-COMO-DERECHO-DE-LIBERTAD-Y-COMO-DERECHO-PRESTACIONAL.pdf> (febrero, 2015)

⁷⁷⁵ López-Orihuela, Alcides. *La educación función social del Estado*. M.J., editores, C.A., Caracas, Venezuela, s.f., pp.1-144.

⁷⁷⁶ Hernández, José Ignacio. *El derecho a la educación y el currículo nacional bolivariano*, Universidad Monteávila, Revista de derecho público, nro.113, Caracas, Venezuela, 2008, p.92. Disponible: https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/rdpub_2008_113_89-93.pdf (marzo, 2015).

⁷⁷⁷ Ávila Hernández, Morella y Martínez de Correa, Luz. *Reflexión sociojurídica sobre los derechos fundamentales prestacionales en Venezuela*. Caso: los derechos educativos, Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, Universidad del Zulia, Vol. VII, No.1, ene-jul., 2001, pp. 123-144.

⁷⁷⁸ Citado en Herrera M., Carlos E. *La educación en Venezuela...*, p.112.

⁷⁷⁹ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, pp.56-57.

⁷⁸⁰ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*, pp.97-98.

⁷⁸¹ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad*, Revista del centro de estudios constitucionales, sept-dic., Madrid, 1995, p.36.

Esta relación del derecho a la educación con el derecho a la enseñanza, representa en palabras de Souvirón, una “tensión” propia del Estado social, en cuanto al reconocimiento de libertades activas frente a derechos a prestaciones⁷⁸².

Así como en España Rubio Llorente se referirá al mismo como un derecho híbrido que escapa de las clasificaciones habituales en cuanto que es, a la vez, un «derecho de libertad» (derecho a impartir educación o a recibirla y escoger la que se desea recibir) y un «derecho económico-social», a recibir del Estado (o de los entes públicos) una prestación determinada⁷⁸³; de la misma manera en Venezuela se entiende tal asociación como derecho/deber⁷⁸⁴.

Para comprender las consecuencias más importantes del carácter del derecho a la educación y/o a la enseñanza desde la jurisprudencia, se observa:

En España, Castillo Córdova con base a lo previsto por el Tribunal Constitucional, opina que se intentó “aplicar la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales al derecho fundamental a la educación con la intención de aportar algunos elementos hermenéuticos que permitan definir, en cada caso concreto, los contornos del contenido del contenido constitucional del referido derecho fundamental⁷⁸⁵”. Como el resto de los autores citados, menciona la sentencia líder del Tribunal Constitucional español (STC-86/1985, de 10 de julio, fundamento jurídico 3), “en cuya virtud [de la dimensión prestacional del derecho a la educación] los poderes públicos habrán de promover la efectividad de tal

⁷⁸² Cit. por González Moreno, Beatriz. *El estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Civitas, Monografías, 1ª ed., Madrid, 2002, p.197.

⁷⁸³ Rubio Llorente, Francisco. *Constitución y educación*, en: Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones Occidentales, Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 de junio de 1977, L. Sánchez Agesta (Coord.), Publicación de la Revista de Derecho Público, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Ediciones de Derecho reunidas, Madrid, 1977, p.103.

⁷⁸⁴ Bolívar, Ligia. *Derechos Económicos, sociales y culturales. Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina, Serie Apuntes, Provea, Caracas, 1996, pp.10-11.

⁷⁸⁵ Castillo Córdova, Luis. *La dimensión objetiva o prestacional del derecho fundamental a la educación*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2005, p.75. Disponible: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2397/1/AD-9-4.pdf> (marzo, 2015).

derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este artículo 27 de la norma fundamental⁷⁸⁶”.

En Venezuela, Moros Puentes se refiere especialmente al criterio de la Sala Constitucional en donde puntualiza el carácter prestacional de este derecho como servicio público esencial (299/2001 del 6 de marzo)⁷⁸⁷; incluso el carácter de orden público como derecho fundamental (1395/2000 del 21 de noviembre)⁷⁸⁸.

En ambos sistemas, el sentido prestacional desde la acción estatal se pone de manifiesto en la obligación de los órganos del Estado, “como un deber social fundamental, democrático, gratuito y obligatorio, el cual debe ser garantizado por el Estado” (Moros Puente); lo que implicaría “que el poder público adquiere la obligación de ayudar a solventar las dificultades que puedan presentarse en el cumplimiento de lo que el Constituyente ha configurado como un deber⁷⁸⁹” (Castillo Córdova).

En conclusión, las propias regulaciones constitucionales en la forma en que están construidas; junto al apoyo de la jurisprudencia y doctrina que así lo confirman, indican que el derecho a la educación gratuita, además de su carácter «prestacional», es al mismo tiempo entendido como un «derecho social⁷⁹⁰» y por adscripción, con vocación de «servicio público⁷⁹¹» (a nivel legal en España; a nivel

⁷⁸⁶ *Ob. Cit.*, p.77.

⁷⁸⁷ Moros Puentes, Carlos. *La constitución según la Sala Constitucional*, tomo II, Librería Rincón, Valencia, 2006, pp.1395-1396.

⁷⁸⁸ *Vid.*, Moros Puentes, Carlos., p.1395.

⁷⁸⁹ Castillo Córdova, Luis. *La dimensión objetiva...*, p. 80.

⁷⁹⁰ Entre estos, Véase: (i) De Puelles Benítez, Manuel. *¿Pacto de estado?: la educación entre el consenso y el disenso*, Revista de educación, nro.344, sept-dic., España, 2007, p.29; (ii) Díaz Revorio, Francisco J. *El derecho a la educación*, en: Parlamento y Constitución, anuario, nro.2, España, 1998, p.276; (iii) Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto de derechos humanos, Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2003, p.132.

⁷⁹¹ Por ejemplo, (i) Garrido Falla, Fernando. *Comentarios a la constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p.549; idéntico: (ii) Lorenzo Cotino Hueso. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p.60. (iii) Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial:*

constitucional en Venezuela); como convalida buena parte de la doctrina, salvo pocas opiniones contrarias tanto en España⁷⁹² como en Venezuela⁷⁹³.

2.1. La educación gratuita como derecho trasversalizado: Como «derecho social» en el caso de España o como «derecho cultural y educativo» en el caso de Venezuela.

Hemos indicado desde el principio, que la regulación del derecho fundamental a la educación en España y Venezuela, si bien tiene tal categoría por cuestiones de filosofía constitucional, están distinguidos en el primero en capítulo correspondiente de los *derechos sociales*, en el segundo, en capítulo de los *derechos culturales y educativos*, aunque al final, terminan homologándose entre sí dentro de ese gran bloque que constituyen los derechos sociales, según entienden Ávila Hernández y Martínez de Correa, en el sentido que “sólo constituye una mera diferenciación formal, puesto que todos ellos pueden ser agrupados en la sola categoría de derechos fundamentales prestacionales⁷⁹⁴”.

implicaciones jurídico-públicas, en: Los derechos fundamentales en la educación, J. L. Requero Ibañez y J. L. Martínez López-Muñiz (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, 11-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p.60; (iv) González Moreno, Beatriz. *El estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Civitas, Monografías, 1ª ed., Madrid, 2002, p.198; (iv) Arismendi, Alfredo. *Derecho constitucional*, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Caracas, 2001, p.565.

⁷⁹² Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo*, en: Conferencias y seminarios, Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas. I Encuentro sobre estudios jurídicos políticos en educación. Fundación Europea Sociedad y educación, 2006, p.44 y p.46.

⁷⁹³ *Vid.*, Anzola Spadaro, Karina y Herrera Orellana, Luis A. *La educación privada en Venezuela y su garantía constitucional. Críticas al tratamiento de la educación como servicio público reservado en las regulaciones legales y administrativas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, p.152. En el mismo sentido, el profesor Allan Brewer Carías, siendo constituyente, se opuso a la forma en que quedó previsto el derecho a la educación como servicio público. *Cit.* por Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Manuales universitarios, Ed. Paredes, Caracas, 2014, p.192.

⁷⁹⁴ Ávila Hernández, Morella y Martínez de Correa, Luz. *Reflexión sociojurídica sobre los derechos fundamentales prestacionales en Venezuela. Caso: los derechos educativos*, en: Revista Venezolana de

En consecuencia, que se afirme que el derecho a la educación es un derecho típicamente social en el caso español⁷⁹⁵; jamás puede entenderse que en el caso de Venezuela no lo sea; sobre todo si se cuenta que esta particular nomenclatura empleada por los distintos constituyentes; en verdad, se explican desde la transversalidad de los distintos elementos y otros derechos imbricados a su vez en el derecho a la educación. A esta deducción se llega al analizar la *Observación Nro.11* del Comité de Naciones Unidas:

“(...) 2. El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. *Es, todos esos derechos al mismo tiempo.* También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos⁷⁹⁶”. (Subrayado nuestro).

Todo indica que estamos ante un derecho especial, que requiere de los máximos esfuerzos (teóricos, políticos, financieros, humanos; etc.); para comprenderlo en su justa dimensión. De esta manera, este estudio se implica en tratar de comprender su dinámica para intentar responder las incógnitas que sostienen los objetivos trazados. Menuda empresa.

Análisis de Coyuntura, Universidad del Zulia, vol. VII, nro.1, ene-jul., Reflexión sociojurídica, Venezuela, 2001, p.129.

⁷⁹⁵ Entre otros, Embid Irujo, Antonio. *El contenido del derecho a la educación*, Revista Española de derecho administrativo, nro.31, España, 1981, p.655.

⁷⁹⁶ Observación General Nro.11, Planes de acción para la enseñanza primaria (Art.14 del Pacto): 11/05/99. U.N. Doc. E/C.12/1999/4. 20° período de sesiones, 1999. Disponible: http://www.derechos.org/ve/wp-content/uploads/ObsGral_11.pdf (enero, 2014).

CAPÍTULO CUARTO.

DE LOS CONTENIDOS PRESTACIONALES BÁSICOS FRENTE A LAS DISTINTAS TEORÍAS.

1. DE LA EXISTENCIA DE PRESTACIONES «MÍNIMAS».

Todo derecho prestacional –como cualquier derecho- tiene contenidos que le son propios. Bajo esa lógica, se supone que existe de igual modo un límite interno o mínimo que se proyecta como base en cada derecho; si se quiere, vitales. Aunque pocos autores (como Martín-Retortillo citado por Combellas), alegan que las *prestaciones vitales* no pueden reducirse a una fórmula concreta⁷⁹⁷; tal dificultad no constituye impedimento para la mayoría de autores revisados; quienes antes bien, convienen en la necesidad de ubicar y concretar tales mínimos. Es así, como importantes autores especializados en el estudio de los *Estados sociales*, incluso de los *Welfare State* –entre las distintas manifestaciones que reciben sus homólogos del *Estado de bienestar y Estado de Providencia-* son conscientes de las dificultades, pero también de la importancia en distinguir en los derechos “sociales” prestacionales, ciertos aspectos o elementos que por su propia esencia se predicen como necesarios, básicos o fundamentales. Resulta de interés concretar sus contenidos partiendo de una base –o mínimo-.

Son los llamados «**contenidos mínimos de derechos**», que distintas teorías –adelante atendidas- han intentado encontrar la *mejor* manera de racionalizar tales contenidos (contenido esencial, mínimo vital, etc.). Ora, intentando establecer algún antecedente normativo se observa que muy tímidamente en Weimar (1919) se reconoce «un mínimo general de derechos sociales» (artículo 162); lo que constituye un paso importante en el establecimiento de ciertas prestaciones básicas. Quizá esto justifique el por qué será en Alemania cuando tiempo atrás después se construya toda una vasta doctrina que intenta resolver parte de estas cuestiones.

⁷⁹⁷ Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Núm. XLVI, Caracas, 1990, p.82.

En la actualidad, la falta de recepción constitucional expresa de unas prestaciones mínimas constitucionales a cargo del Estado, puede ser el resultado de su nivel de abstracción; lo cual pudiera ser *positivo* en términos de que conforme a la democracia y la división de poderes; debería actualizarlo el legislador correspondiente en cada tiempo; pero en *negativo*, podría no ser tan fácil tal determinación “constitucional” por aquel. Como vimos en su momento hay relaciones entre los derechos humanos y las obligaciones mínimas de los Estados (para hacer todo lo necesario para gestionar los derechos; es decir con fines “indicativos” pero no prescriptivos); lo cual viene a sumarse a las formas en que se han ido integrando el conjunto de derechos. De manera que pueda estar influyendo la forma en que previamente se han ido incorporando los derechos en diversos textos universales en suerte de «categorías» (*generaciones*), distinguiendo –bajo esa óptica- algunos derechos por “encima” de otros.

En caso de que estemos en presencia de derechos equivalentes; observamos preocupación por los contenidos de los derechos sociales. De forma que, aparte del aparente antecedente normativo *weimariano* expuesto atrás («un mínimo general de derechos sociales»), este trabajo destaca las diversas opiniones, como también diversos son los puntos de vista y concepciones ideológicas, que reconocen la existencia de ciertas condiciones o necesidades generales o básicas en materia de derechos sociales, que se predicen como elementos mínimos; como inherentes a los derechos de las personas.

Se consiguen en esta lista autores tan variopintos, así como los nombres con que designan estos *contenidos básicos o necesidades básicas*, bien de cara al sujeto que se beneficia, bien en forma de obligación estatal. Entre todos, podemos mencionar García Pelayo (*mínimos materiales*⁷⁹⁸); Sotelo (*mínimo intocable*⁷⁹⁹);

⁷⁹⁸ García Pelayo, Manuel. *El estado social y sus implicaciones, en: Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1980, pp.33-35.

⁷⁹⁹ Sotelo, Ignacio. *El estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Ed. Trotta, Madrid, 2010, p.233.

Alexy (*mínimos vitales*⁸⁰⁰); Peces-Barba (*necesidades radicales*⁸⁰¹); Añón (*necesidades fundamentales*⁸⁰²); Benda (*mínimos existenciales*⁸⁰³); Gargarella (*condiciones básicas*⁸⁰⁴); Pisarello (*necesidades básicas*⁸⁰⁵); Pizzorusso (*estándar mínimo*⁸⁰⁶); Wildhaber (*estándar mínimo*⁸⁰⁷); Mishra (*necesidades mínimas*⁸⁰⁸); Braybrooke (*estándar mínimo de provisión social*⁸⁰⁹); Offe (*estándares mínimos de vida*⁸¹⁰); Wilensky (*estándares mínimos*⁸¹¹); Baldwin (*mínimos funcionales*⁸¹²);

⁸⁰⁰ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales, El derecho y la justicia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.495.

⁸⁰¹ *Cit.* por Barraco Avilés, María del C. *Exigibilidad de los derechos sociales y democracia*, en: Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia (Obra Colectiva), S. Ribotta y A. Rossetti (Eds.), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates, Nro.13, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p.159.

⁸⁰² *Ob. Cit.*, p.159.

⁸⁰³ Benda, Ernest. *El Estado Social de Derecho*, en: Manual de Derecho Constitucional (Obra Colectiva), Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p.533.

⁸⁰⁴ Gargarella, Roberto. *Introducción*, en: Derecho y grupos desaventajados, R. Gargarella (Comp.), Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Gedisa Ed., Barcelona, 1999, p.13.

⁸⁰⁵ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p.56.

⁸⁰⁶ Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Vol.I, Madrid, 1984, p.172.

⁸⁰⁷ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Universidad Nacional de Colombia, 1ª ed., Colombia, 2005, p.69.

⁸⁰⁸ Mishra, Ramesh. *El Estado de bienestar en Crisis*. Pensamiento y cambio social, Colección de la revista del trabajo, Nro.33, Madrid, 1992, p.395.

⁸⁰⁹ *Cit.* por Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998, p.183.

⁸¹⁰ *Cit.* por Picó, Josep. *Teorías sobre el Estado de bienestar*, Siglo Veintiuno de España Editores, Sociología y política, 1ª ed., Madrid, 1987, p.135.

⁸¹¹ Goitia Caballero, Carlos. *Constitución, estado y economía. La intervención del estado en la economía en las constituciones de los Estado miembros de la Comunidad andina*, Azul editores, La Paz, Bolivia, 2006, p.63.

⁸¹² Baldwin, Peter. *La Política de Solidaridad social*. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección ediciones de la Revista de Trabajo, Nro.39, Madrid, 1992, p.29.

Gavara de Cara (*mínimo de existencia*⁸¹³); Torres del Moral (*mínimo existencial*⁸¹⁴); Muñoz de Bustillo (*mínimo de servicios*⁸¹⁵); Aparicio (*mínimo vital*⁸¹⁶); García Schwarz (*contenido mínimo existencial*⁸¹⁷); Trujillo (*derechos sociales mínimos*⁸¹⁸); Díaz (*necesidades primarias*⁸¹⁹); De Esteban (*derechos básicos*⁸²⁰); Nogueira Alcalá (*mínimo básico*⁸²¹); Carpizo (*mínimos jurídicos*⁸²²); Ramos Pascua (*nivel mínimo de bienestar material*⁸²³); Márcio Cruz (*mínimo de bem-estar*⁸²⁴); Pérez Yruela (*condiciones mínimas de bienestar*⁸²⁵); Bidart Campos

⁸¹³ Gavara de Cara, Juan C. *La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales*, en: Teoría y realidad constitucional, UNED, nro.20, Caracas, 2007, pp.312-313.

⁸¹⁴ Torres del Moral, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*, tomo I, 2ª edición, Átomo Ediciones, Madrid, 1988, p.34

⁸¹⁵ Muñoz de Bustillo, Rafael. *Economía de mercado y estado de bienestar*, en: Crisis y futuro del Estado de bienestar (Obra Colectiva), R. Muñoz del Bustillo (Comp.), Alianza Universidad, 2ª reimpresión, Madrid, 1995, p.25.

⁸¹⁶ Aparicio, Miguel. *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1980, p.78

⁸¹⁷ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El Derecho, Ed. Porrúa, México, 2011, p.7 y ss.

⁸¹⁸ Trujillo, Antonio. *Normatividad y vigencia de los derechos sociales*, en: Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España (Obra Colectiva), Vol.I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Ed., Bilbao, 2005, p.613.

⁸¹⁹ Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus, 2ª reimpresión, Madrid, 1984, p.99.

⁸²⁰ De Sebastián, Luis. *La solidaridad. Guardián de mi hermano*, Ed. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1996, p.20.

⁸²¹ Nogueira Alcalá, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, núm. 2, 2009, p.144.

⁸²² Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*, Universidad Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, Dirección General de Publicaciones, México, 1973, p.195.

⁸²³ Ramos Pascua, José. *La ética interna del derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*, Colección ética aplicada, Desclée, 2ª ed., Sevilla, 2011, p.120.

⁸²⁴ Cruz, Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, 2ª ed., Juruá Editora, Curitiba, Brasil, 2011, p.161.

⁸²⁵ Pérez Yruela, Manuel. *Corporativismo y Estado de bienestar*, en: Buen gobierno y política social (Obra Colectiva), S. Giner y S. Sarasa (Eds.), Ariel Ciencia política, 1ª ed., Barcelona, 1997, p.134.

(*piso mínimo de derechos*⁸²⁶); Rosanvallon (*abundancia mínima*⁸²⁷); Gutman (*conjunto mínimo de derechos*⁸²⁸); Martínez de Correa (*condiciones vitales mínimas*⁸²⁹); Hayek (*mínimo uniforme*⁸³⁰); Garrorena (*mínimas cuotas*⁸³¹); Álvarez (*nivel mínimo de satisfacción de necesidades*⁸³²); Pérez Campos (*mínimo de oportunidades*⁸³³); Combellas (*necesidades vitales*⁸³⁴); Arismendi (*necesidades mínimas*⁸³⁵); Vidal Serrano (*mínimo necessário*⁸³⁶); Honneth (*mínima medida de condições sociais de vida*⁸³⁷); Ter Horst (*mínimo de bienestar*⁸³⁸); Cossio (*mínimos*

⁸²⁶ Bidart Campos, Germán. *El futuro del constitucionalismo y sus posibles proyecciones hacia el sistema de derechos*, en: *Constitución y Constitucionalismo hoy, Cincuentenario del Derecho Constitucional comparado* de Manuel García-Pelayo, Ed. Ex Libris, Caracas, 2000, p.322.

⁸²⁷ Rosanvallon, Pierre. *La crisis del Estado de Providencia*, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Colección Economía, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1995, p.49.

⁸²⁸ Gutman, Amy. “Introducción”, en: Ignatieff, Michael. *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós Estado y sociedad, nro.108, Barcelona, 2003, p.14

⁸²⁹ Martínez de Correa, Luz M. *Tres enfoques y una aproximación al estado de derecho: estado social de derecho, estado de bienestar y estado liberal de derecho*, en: *Opción*, revista de ciencias humanas y sociales, Universidad del Zulia, Año 27, nro.66, sept-dic., Maracaibo, Venezuela 2011, p.131.

⁸³⁰ Hayek, Fiedrich *Los fundamentos de libertad*, trad. José Vergara, Ed. Alianza, Madrid, 1978, p.157.

⁸³¹ Garrorena Morales, Ángel. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Temas clave de la Constitución española, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p.249.

⁸³² Álvarez, Julio C. *Restricciones de los derechos fundamentales*, Vadell hermanos Editores, Caracas-Valencia, 2010, p.113.

⁸³³ Campos, Magaly. *El sistema de derechos humanos en la Constitución de 1999*, en: *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, L. Salamanca y R. Viciano Pastor (Coords.), CEPS, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Vadell Hermanos editores, Caracas-Valencia, 2004, p.179.

⁸³⁴ Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nro.XLVI, Caracas, 1990, p.104.

⁸³⁵ Arismendi, Alfredo. *Derecho constitucional*, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Caracas, 2001, p.571.

⁸³⁶ Vidal Serrano, Nunes Júnior. *A cidadanaia social na Constituição de 1988*, Editora Verbatim, São Paulo, 2009, p.67.

⁸³⁷ *Cit.* por Wolfgang Starlet, Ingo y Agostini Saavedra, Giovani. *Breves notas sobre a garantia existencia e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha*, en: *Direitos Fundamentais da pessoa Humana. Um diálogo Latino-Americano*, Alteridade editora, Curitiba, 2012, p.70

vitales⁸³⁹); Barcellona y Cantaro (*necesidades esenciales*⁸⁴⁰); Ferrajoli (*derechos vitales*⁸⁴¹); Häberle (*derechos básicos*⁸⁴²); Quesada Jiménez (*recursos mínimos*⁸⁴³); Escudero León (*núcleo mínimo*⁸⁴⁴); Zambrano Pasquel (*condiciones materiales mínimas*⁸⁴⁵) y Villaspín Oña (*mínimo de contenidos sociales*⁸⁴⁶). A pesar de tal diversidad, de la lista puede colegirse cierta identidad frente a la existencia de una serie de necesidades que por básicas, son especialmente importantes en la medida que logran la identificación de unos «contenidos mínimos» de derechos.

En España, García-Pelayo reconoce que una de las características del Estado social, lo constituye la búsqueda de la procura existencial, entendida como “la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas *necesidades vitales* que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no pueden ser satisfechas ni por los individuos; ni por los grupos (...)”⁸⁴⁷ (Subrayado nuestro). Este último grupo de autores citados parece formar parte de

⁸³⁸ Ter Horst, Enrique. *Los derechos humanos, espina dorsal de la gobernabilidad*, en: Gobernanza. Laberinto de la democracia, M. Ramírez Ribes (Comp.), Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma, Talleres Corpográfica, Caracas, 2005, p.131.

⁸³⁹ Cossio Díaz, José R. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p.46

⁸⁴⁰ Barcellona, Pietro y Cantaro, Antonio. *El Estado social entre crisis y reestructuración*, en: Derecho y economía en el Estado social (Obra Colectiva), J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Eds.), Ed. Tecnos, 1ª ed., Madrid, 1988, p.69.

⁸⁴¹ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p.307.

⁸⁴² Según cita de Francisco Fernández Segado en Presentación y Estudio Preliminar de la obra de Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.L.

⁸⁴³ Jimena Quesada, Luis. *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, p.277.

⁸⁴⁴ Escudero León, Margarita. *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder público*, Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajo de grado, nro.1, 1ª ed., Caracas, 2005, p.105.

⁸⁴⁵ Zambrano Pasquel, Alfonso. *Del estado constitucional al neoconstitucionalismo. El sistema interamericano de DD.HH a través de sus sentencias*, Edilex editores, Lima, Perú, 2011, p.365.

⁸⁴⁶ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de bienestar y Constitución*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm.1, sept-dic., Madrid, 1988, p.136.

⁸⁴⁷ García-Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 10ª reimpresión, 2ª ed., Madrid, 1996, p.95.

alguna manera de la *teoría de las necesidades*⁸⁴⁸, circunscrita a definir a los derechos sociales como “la respuesta que se ofrece por parte de la colectividad para la satisfacción de ciertas necesidades que los sujetos no pueden afrontar por sí mismos⁸⁴⁹”.

En Venezuela, el profesor Álvarez cuando analiza el modelo que sustenta los derechos sociales, se refiere a un nivel mínimo de protección y nivel mínimo de satisfacción de necesidades⁸⁵⁰; aunque sin explicar *cómo* ha de lograrse tal asunto, ni tampoco a qué agente estatal le corresponde hacerlo y si habría o no unos contenidos prestacionales mínimos en *todos* de los derechos.

Sobre el último aspecto, Pérez Campos afirma categóricamente, que “el Estado asume funciones positivas que garanticen un mínimo de oportunidades para el ejercicio de las capacidades de los ciudadanos⁸⁵¹”. Dicha situación precisa un balance entre las necesidades ciudadanas y las capacidades estatales.

Del conjunto de ideas citadas atrás se colige la necesidad de que en cada derecho prestacional, existen unos contenidos bien singulares en razón de su esencialidad: que hay unas prestaciones que se predicen “mínimas”, ergo, como necesarias. Se trata de una abstracción genérica, que no responde en sí misma el procedimiento para establecer tales “mínimos”; cuáles serían sus parámetros y los mecanismos para tal establecimiento. Solo consiguen abonar las ideas para el debate que acá se profundiza: *¿Quién y cómo se pueden establecer tales mínimos?*

Algunas de las teorías que serán analizadas adelante, han intentado responder en detalle los mecanismos para determinar tales prestaciones mínimas

⁸⁴⁸ Sobre estas **teorías de las necesidades**, Arango cita a varios autores: Agnes Heller (p.253); Wiggins, Fried, Tugendhat (pp.288-296) *Cfr.*, Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Universidad Nacional de Colombia, 1ª ed., 2005, pp.253 y 289-295. Esta misma teoría interesa, ya que sobre la misma acude Peces-Barba para negar el carácter universal a los derechos sociales.

⁸⁴⁹ Barraco Avilés, María del Carmen. *Exigibilidad de los derechos sociales...*, p.159.

⁸⁵⁰ Álvarez, Julio C. *Restricciones de los derechos fundamentales*, Vadell hermanos Editores, Caracas-Valencia, 2010, p.113.

⁸⁵¹ Pérez Campos, Magaly. *El sistema de derechos humanos...*, p.179.

(en sus contenidos); bien desde la perspectiva de los *derechos humanos* (con las teorías del «contenido esencial en DDHH» y de las «obligaciones mínimas estatales»); bien desde la perspectiva del *derecho constitucional* (con la teoría del «contenido esencial» -o nuclear- frente al contenido residual -o marginal- en materia de derechos fundamentales); bien desde la perspectiva del *derecho judicial* (con la teoría del derecho al «mínimo vital»). Dichas teorías interesan para seguir abonando el debate, porque a pesar de sus contribuciones, hay avances (pero también retrocesos). Por estos motivos, voces como las de Carbonell se quejan por la falta de precisión “para poder determinar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación a cada derecho social⁸⁵²”; tema que igualmente refieren Abramovich y Courtis de lo que llaman déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos esta materia⁸⁵³.

Nuestro estudio, basado en esas objeciones y reclamos, intenta generar conciencia sobre si las formas “tradicionales” que se mencionan (contenido esencial, mínimo vital, etc.), están o no dando los resultados esperados, o si es tiempo de generar otras salvaguardas para el establecimiento “constitucional” de los contenidos mínimos de derechos; para identificarlos después dentro del derecho fundamental a la educación gratuita.

2. TESIS DE LOS CONTENIDOS (CONSTITUCIONALES) DE DERECHOS.

Al lado de la teoría del contenido esencial que subraya el predominio del poder legislativo en virtud de su legitimidad que racionaliza el proceso de delimitación del núcleo o contenido mínimo por aquel, van surgiendo otras teorías que (sin prescindir totalmente de la facultad legislativa en el desarrollo de los derechos), colocan más énfasis en el tema constitucional respecto a los contenidos que le son propios. La teoría del contenido esencial no puede considerarse aún un

⁸⁵² Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, p.78.

⁸⁵³ Carbonell, Miguel, *Ob. Cit.*, p.78 (nota a pie de página).

dogma; ergo, incuestionable y tampoco que no sea mejorable en el tiempo con otros aportes. Por la dinámica de las cosas; parece son consistentes las objeciones que diversos autores hacen a la teoría del contenido esencial

En paralelo, en este trabajo hemos detectado además que desde tres distintos enfoques, paradójicamente, tres autores de distinta ideología y enfoque, han llegado a unas conclusiones “parecidas”: **la posibilidad de que ciertos contenidos sociales puedan estar propiamente en la Constitución** (pero no bajo el argumento que los “interprete” el legislador); sino bajo una serie de argumentos bien interesantes que los llevan a racionalizar el sistema de otra manera. La clave de tal concurso de ideas resulta como advertimos paradójal, no solo cuando se advierte que los tres autores ahora analizados no comparten la misma “formación” ideológica y que no obstante tales diferencias; con formidable homologación subrayan la necesidad de que ciertos contenidos de derechos sociales estén en la propia Constitución. Así, llegan a unir sus argumentos para estudiar el fenómeno de la Constitución y sus contenidos desde otra perspectiva (haciendo mayor énfasis a la Constitución que a los órganos de legitimación política que la “desarrollan”); por cuyas expresiones se enriquece aún más el debate.

Son las posiciones que se asumen con Villaspín Oña; Michelsen y Rawls. De su conjunto puede colegirse que la teoría del contenido esencial no es la única tesis posible; y además, parecen indicar que no siempre responde a los distintos fenómenos constitucionales a cuyos contextos ellos señalan.

2.1. Tesis de los «contenidos constitucionales implícitos» (Vallespín Oña).

Se presenta inconforme ante posibles vaciamientos en el cumplimiento de metas “sociales” derivado de esa dinámica de la representación política y las demandas ciudadanas en su conducto. Justifica que en la propia Constitución existen (o deberían existir) ciertos *contenidos implícitos o mínimos*; distintos a los

que se consiguen desde la concreción por vía del contenido esencial. Se trata de una afirmación sugerente. Para sostener sus argumentos, este autor se pasea por alguna de las contradicciones y fortalezas en las implicaciones del Estado liberal en su tránsito al Estado social; para seguir en la misma línea de identificar los problemas que advierte en la asociación de sus principales valores y principios. Esa interacción es proclive de generar alguna “tensión” para justificar cierta preeminencia, en la materialización de los derechos individuales respecto de los derechos sociales⁸⁵⁴.

Si bien se refiere al caso español para explicar los elementos más importantes –como conflictivos- de «Estado de bienestar y Constitución»; se pasea por varias realidades del contexto histórico-político para obtener insumos en su propuesta, abordando el “problema” en clave argumentativa politológica; más que jurídica como el mismo advierte⁸⁵⁵. En ese orden, empieza exponiendo los rasgos más diferenciadores de los sistemas constitucionales de los Estados Unidos de Norteamérica y España; para aproximarse en esa comparación a su vez con la mayoría de las constituciones europeas respecto de la primera, en lo que se plantea como “la institucionalización de algunos aspectos del Estado de Bienestar en el marco de la Constitución⁸⁵⁶”.

En ese intento de descubrir las implicaciones que, en el caso español se predicen del término social que acoge su ley fundamental (Art.1 CE), rápidamente dice, “parece que el reconocimiento de esta dimensión social exige de cierta implicación del Estado en la lucha por la menesterosidad social y económica⁸⁵⁷”. Cuenta como la mayoría de las constituciones europeas incorporan disposiciones de esta naturaleza y menciona que en los EE.UU se intentó algo *parecido*, al referirse a la política propuesta desde el presidente F.D. Roosevelt (al proponer lo

⁸⁵⁴ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm.1, sept-dic., España, 1988, p.130.

⁸⁵⁵ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución... Ob. Cit.*, p.126.

⁸⁵⁶ *Ob. Cit.*, p. 125.

⁸⁵⁷ *Ob. Cit.*, p.125.

que él calificaba como una segunda declaración de derechos económicos y sociales⁸⁵⁸). Que si bien esa declaración no fue aprobada, sin embargo “considerando la peculiar naturaleza de los preceptos encargados de velar por la efectividad de la dimensión social del Estado de derecho⁸⁵⁹”; lo lleva a plantearse la siguiente pregunta, “¿introduce alguna diferencia significativa su «constitucionalización»⁸⁶⁰?”. De entrada advierte que no es una cuestión baladí; en particular cuando reconoce que con motivo a ciertas prácticas políticas, en algunos países puede hablarse de *desaceleración* de los programas sociales; en otros, incluso de un verdadero *desmantelamiento* de los estados sociales que es lo que se conoce como los *welfare backlash*⁸⁶¹.

En ese sentido, para analizar tales cuestiones y tomando en cuenta algunas de las premisas advertidas por Sheldon Wolin (en *The political and theoretical Connections between Staatsräson and Wohlfahrtsstaatsräson, Political Theory, 15: 4, 1987, p.477*), empieza a cuestionar de esa manera, “hasta qué punto puede servir esa constitucionalización para controlar lo que S. Wolin ha definido recientemente como la variabilidad de los programas sociales?, el que éstos, «en cualquier momento político, puedan ser expandidos, modificados drásticamente, revocados o cancelados totalmente⁸⁶²». Si estamos entendiendo bien las ideas expuestas, partiendo de las distintas facetas en que se encuentren implicados determinados países, variará el contexto de lo social al momento de materializar sus contenidos. Razón por la cual, el valor social se constituye como “programático” y ambiguo; dentro de la concreción Estado social y democrático de Derecho⁸⁶³. En estos planteos, es consciente de las contradicciones que en lo interno se generan dentro

⁸⁵⁸ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución...* p.126

⁸⁵⁹ *Ob. Cit.*, p.126.

⁸⁶⁰ *Ob. Cit.*, p.126.

⁸⁶¹ *Ob. Cit.* p.126.

⁸⁶² *Ob. Cit.* ,p.126.

⁸⁶³ *Ob. Cit.*, p.126.

del Estado social, pero sobre todo, producto estas tensiones desde los distintos principios que contienen la idea del Estado social y democrático de derecho⁸⁶⁴.

Entre las implicaciones más importantes de ese tránsito está el replanteo de la formulación de las leyes y su evidente relación con los desarrollos constitucionales⁸⁶⁵. Alega que tal situación fue alterada desde las constituciones entre guerras; despuntando con Weimar cuando la idea de Estado de Derecho se relaciona también con *Estado socialmente responsable*⁸⁶⁶; lo que dio lugar a la compatibilización de una serie de principios tanto del Estado de derecho como del Estado social. En su intento de resumir los principios básicos que informan ambos conceptos (Estado de derecho y Estado social) conviene que ha sido objeto de importantes discrepancias⁸⁶⁷; y simplifica la cuestión contrastando (y criticando igualmente) a Forsthoff como Abendroth.

La primera de sus críticas las dirige obviamente al conservador Forsthoff en su ya consabida idea de que el Estado social como cláusula no debería constitucionalizarse, y que los ciudadanos no tienen verdaderos derechos de prestación en el Estado de bienestar (que están enteramente a discrecionalidad del ejecutivo⁸⁶⁸). La segunda de sus críticas las dirige en contra el sector que lidera Abendroth, quien “propugnará la subordinación del concepto de Estado de Derecho a la emancipación social y política de las clases trabajadores⁸⁶⁹”. Villaspín enfatiza que ninguna de estas “interpretaciones parece aceptable”. Para hacer tal abstracción teórica y llevarlo al plano constitucional de su país; explica: “El legislador podrá así poner en marcha las políticas económicas y sociales que crea convenientes, siempre y cuando no vulnere las garantías reservadas a los derechos

⁸⁶⁴ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución...*, p.127.

⁸⁶⁵ *Ob. Cit.*, p.127.

⁸⁶⁶ *Ob. Cit.*, p.128.

⁸⁶⁷ *Ob. Cit.*, p.128.

⁸⁶⁸ *Ob. Cit.*, p.129.

⁸⁶⁹ *Ob. Cit.*, p.129.

individuales⁸⁷⁰”. Pero no obstante tal interacción de sus componentes de uno (lo liberal) y otro (lo social); este autor es capaz también de reconocer que, con algunas excepciones, “solo los derechos y libertades de raíz liberal gozan de garantías institucionales plenas⁸⁷¹”. Bajo ese supuesto, entendiendo que casi todos los preceptos en derechos sociales se tratan de normas programáticas que están dirigidas a los poderes públicos sin más; entonces no otorgan al ciudadano un derecho subjetivo que pueda reclamar ante las autoridades⁸⁷².

Entiende el proceso de racionalización por medio del cual, los derechos sociales solo pueden ser capaces de asegurarse, “perfectamente a través del proceso democrático”⁸⁷³. Pero aún cuando acepta los beneficios de tal racionalidad con miras a concretizar derechos sociales, refiere que la llamada «edad de oro» del intervencionismo estatal (producto de las crisis) parece haber perdido fuerza⁸⁷⁴. Por tal circunstancia, advierte –en forma de interrogante- para el caso español: “¿Hasta dónde puede llegar un gobierno..., suponiendo que contara con la mayoría absoluta en el Parlamento, en un pretendido desmantelamiento del Estado de Bienestar?⁸⁷⁵”; siendo incluso más agudo al seguir preguntándose: “¿cuáles son los límites constitucionales que podrían impedir una decidida acción gubernamental y parlamentaria en esa dirección⁸⁷⁶?”. Lo interesante de su lectura, es que no responde inmediatamente ni en forma directa ninguna de tales planteos; pues parece decidido a exponer las áreas problemáticas que lo llevarán después; eso sí, para sostener la teoría que nos ocupa, dejando al lector las respuestas.

Por ese contexto, asume Villaspín que las constituciones que se edificaron luego de las guerras “diseñaron mecanismos necesarios para prevenir un posible

⁸⁷⁰ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución...*, p.130.

⁸⁷¹ *Ob. Cit.*, p.130.

⁸⁷² *Ob. Cit.*, p.131.

⁸⁷³ *Ob. Cit.*, p.131.

⁸⁷⁴ *Ob. Cit.*, p.132.

⁸⁷⁵ *Ob. Cit.*, p.132.

⁸⁷⁶ *Ob. Cit.*, p.132.

ataque popular o estatal contra los derechos liberales fundamentales⁸⁷⁷. Se trata de la definición de las garantías propias del Estado de derecho como principio. Así las cosas, entiende que el Estado social y su propia dinámica, desafió algunos de los supuestos básicos de tal principio; y asimismo, “afectó también a la misma naturaleza de la legislación⁸⁷⁸”. Esta última idea, evidencia la preocupación del autor por la forma en que se viene racionalizando el otorgamiento de los derechos sociales. En ese orden subraya: “Hasta cierto punto, pues, los medios legislativos de que se vale el Estado social para llevar a cabo sus fines chocan con el ideal del Estado de Derecho. Pero esto ya forma parte de su nueva concepción⁸⁷⁹”.

Insistiendo en las diferencias ostensibles en los derechos sociales del resto de derechos individuales en orden del nivel de protección constitucional, explica que en ciertos tipos de derechos, es más sencillo delimitar el sujeto responsable de su vulneración y el «contenido exacto»; pero que en otros (derechos) no parece así⁸⁸⁰. El mismo vuelve a la pregunta inicial; que reformula por ejemplo, bajo la duda de hasta dónde podría un gobierno neoconservador o neoliberal demoler todos los logros (derechos) de las clases trabajadoras⁸⁸¹.

En tal sentido, hace un planteamiento doble, reformulando su pregunta inicial: “¿pueden ser revocadas estas leyes o bien ser alteradas significativamente sin que por ello se incurra en cuestiones de inconstitucionalidad⁸⁸²?”. Frente a estas preguntas; afirma que la primera es más fácil de responder, “al menos respecto de los derechos sociales reconocidos en el Capítulo II, parece claramente negativa, ya que ello equivaldría a negar por vía indirecta un derecho ya reconocido por la Constitución”. La cuestión se pone más compleja con respecto al segundo de sus planteos; cuando advierte “que todo depende de la relevancia y significación de

⁸⁷⁷ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución...*, p.132.

⁸⁷⁸ *Ob. Cit.*, p.133.

⁸⁷⁹ *Ob. Cit.*, p.133.

⁸⁸⁰ *Ob. Cit.*, p.134.

⁸⁸¹ *Ob. Cit.*, p.134.

⁸⁸² *Ob. Cit.*, p.134.

los cambios introducidos⁸⁸³”. Esto, lo entiende al analizar la CE en su artículo 53 con relación a la protección genérica del contenido esencial; pero a pesar de la utilidad de aquellas teorías en cuanto a la protección de cierto grupo de derechos; podría dejar por fuera a otros tantos derechos. Además, que este reconocimiento legal introduce ahora un elemento de distinción importante “entre aquellos preceptos ya desarrollados legalmente y los que no lo han sido todavía⁸⁸⁴”.

Basado en estas diferencias y con el objeto de que sean protegidos *también* aquellos otros derechos no desarrollados legislativamente, es que Villaspín Oña argumenta en favor de crear nuevas salvaguardias, postulando la existencia de **ciertos contenidos constitucionales** (*bien distintos a los que sean reconocibles por vía del contenido esencial mediante la respectiva racionalización legislativa*). En ese orden de ideas, llega a sostener: “En cierto modo, la Constitución garantiza una serie de derechos sociales y conmina al Estado a hacer efectivas ciertas prestaciones sociales que, en su conjunto, configuran lo que bien puede calificarse como un mínimo de contenidos sociales implícitos en la idea del Estado social⁸⁸⁵”.

Termina exponiendo que ese mínimo debe ser reconocido (siempre), independientemente de la ideología o los fines de los partidos políticos; todo para evitar el desmantelamiento de la acción social estatal; pues toda pretensión (política) de reducir o desmantelar corre el riesgo de entrar en el campo de la inconstitucionalidad⁸⁸⁶. Para terminar de comprender su propuesta, cuando el mismo se refiere a la existencia de mínimos (constitucionales) lo hace en perspectiva de «contenidos implícitos», es decir, que «no contenidos esenciales⁸⁸⁷». Por consiguiente, concluye entonces que la única alternativa que sugiere, es dotar de una herramienta distinta al contenido esencial; subrayando

⁸⁸³ *Ob. Cit.*, p.134.

⁸⁸⁴ *Ob. Cit.*, p.135.

⁸⁸⁵ *Ob. Cit.*, p.136.

⁸⁸⁶ *Ob. Cit.*, p.136.

⁸⁸⁷ *Ob. Cit.*, p.137.

que ese motivo presenta la idea del contenido mínimo (coincidiendo como veremos en su oportunidad con Aragón-Reyes en cuanto a la existencia del contenido mínimo como diferente al contenido esencial).

2.2. Tesis de los «contenidos constitucionales expresos» (Rawls).

Diversos estudios citan e interpretan frecuentemente varios de los aspectos que se derivan de los trabajos de Rawls; teniendo cuidado con la polémica que conlleva todo ejercicio de la interpretación de tal pensamiento⁸⁸⁸. La teoría que llevó a Rawls a concluir que *deben* existir una serie de «contenidos constitucionales expresos» fue producto de una larga evolución del mismo, donde una y otra vez reformulara sus propias ideas [desde *A Theory of Justice* (1971) hasta *Political Liberalism* (1993)]. En líneas generales –dice Mejía Quintana– los planteamientos rawsalianos buscan compatibilizar en su teoría de justicia, llevar a un nivel más alto posible la visión clásica del contrato social, superando las inconsistencias de Hobbes, Locke, Rousseau y Kant⁸⁸⁹. Al revisar las distintas obras de Rawls se trata de un verdadero “giro⁸⁹⁰”.

Compartimos la necesidad de descubrir los elementos que se sostienen en la propuesta (casi) definitiva de Rawls en cuanto a la **constitucionalización de contenidos sociales**. A pesar de su claro matiz liberal –heterodoxo–, dice Martínez de Correa “considera compatible la defensa de los valores liberales negativos con principios de intervención estatal para reducir la desigualdad y promover políticas sociales como educación y salud⁸⁹¹”. Resulta llamativo que en

⁸⁸⁸ Kukathas, Chandran y Pettit, Philip. *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Trad. Miguel Ángel Rodilla, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p.121.

⁸⁸⁹ Mejía Quintana, Oscar. *Justicia y democracia consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls*. Siglo del hombre editores, Ed. Uniandes, Santa Fe de Bogotá, 1997, p.2.

⁸⁹⁰ Mejía Quintana, Oscar., p.159.

⁸⁹¹ Esta autora se refiere a esta corriente liberal “heterodoxa” compuesta por J. Rawls y C.B. McPherson. *Vid.*, Martínez de Correa, Luz M. *Tres enfoques y una aproximación al estado de derecho: estado social de derecho, estado de bienestar y estado liberal de derecho*, en: Opción, revista de ciencias

una línea del pensamiento (donde predominen los derechos individuales sobre los sociales); sirva de fundamento para una impecable argumentación respecto de estos últimos. Pero es en definitiva su conclusión la que interesa: *poder constitucionalizar expresamente determinados contenidos*; alimentando nuestra tesis.

Arango confirma que con el primero de sus trabajos (1971) se evidencia tal superación de la tradición contractualista. Se trata de una teoría “idealista” en el sentido que supone aplicarse a una sociedad bien ordenada; cuando las partes son llevadas a una posición que llama “original” y se deciden los principios de justicia que deben regular en dicha sociedad (“ideal”). Es lo que llama *velo de la ignorancia*, para designar que sus distintos miembros acuden a ese mismo fin ajeno a sus intereses personales (por medio de la limitación a la información pasada o futura en la sociedad). De esa forma se conseguiría lo que este autor cree como una elección imparcial de los principios de justicia⁸⁹².

El planteamiento central de Rawls en este trabajo (1971) acerca de los principios de justicia son: El *primer principio* (que es formulado como derecho), en donde cada persona ha de tener un derecho que es igual al más extenso de *todas* las libertades básicas compatibles con un sistema de libertad para *todos*. La Constitución (en ese caso) reconoce y garantiza a los individuos unos derechos constitucionales específicos (referidos en clave liberal al voto, a la libertad de expresión y de reunión, de asociación, de conciencia, de propiedad, prohibición de arresto o registro arbitrario). En esa perspectiva, dice Arango, “los derechos civiles y políticos serían los constitucionales de una sociedad bien ordenada⁸⁹³”. El *segundo principio* en cambio, no es formulado como derecho, al sostener que las desigualdades económicas y sociales han de estar estructuradas de forma que (i) sean para mayor beneficio de los menos aventajados (conforme a la idea de ahorro

humanas y sociales, Universidad del Zulia, año 27, nro.66, sept-dic., Maracaibo, Venezuela, 2011, p.130.

⁸⁹² Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Universidad Nacional de Colombia, 1ª ed., Bogotá, D.C., 2005, p.240.

⁸⁹³ *Ob. Cit.*, p. 241.

“justo”); (ii) que los cargos y las funciones sean asequibles a *todos* bajo ciertas condiciones de justa igualdad de oportunidades. En este caso, sin embargo, todavía **no se justifica la inclusión de derechos sociales en la Constitución**⁸⁹⁴. En cambio, las libertades básicas sí pueden ser garantizadas (desde la Constitución) a todas las personas por igual, mientras los derechos sociales y económicos no. Sobre este aspecto sostiene Arango que: “Como el mínimo social implica la distribución de bienes y entradas económicas, se agrega al principio de justicia, que regula las cuestiones de desigualdades sociales y económicas”. Como el mínimo social le corresponde es a la esfera del legislador: “Los derechos sociales fundamentales está excluidos de la constitución⁸⁹⁵”.

Los efectos de esta teoría no se hicieron esperar, cuando por allí mismo en 1973, Herbert L.A. Hart (entre otras reproducciones: *Rawls on Liberty and Its Priority*, en *Ibid., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, *Ob. Cit.*, pp. 223 y ss.) plantea una seria crítica sobre la fundamentación que hiciera Rawls respecto a la primacía de la libertad, considerando que son incompletos y poco convincentes, que no ofrecía ningún argumento para justificar el por qué una persona (racional) preferiría la libertad cuando podría alcanzar ventajas materiales mayores por medio de cierta limitación a esa libertad (ejemplo, la aceptación temporal de un gobierno autoritario) de las que podría igualmente alcanzar (ciertas ventajas) sin una limitación a la libertad⁸⁹⁶. Esta cuestión llevará a otros a sostener que el mismo Rawls hizo su propia autocrítica⁸⁹⁷.

En respuesta a la crítica que le expresara Hart, Rawls reformula su tesis en 1982, pero únicamente con relación al *primer principio* de justicia. Específicamente, cambió la expresión “al más extenso de sistema total” por la expresión “un sistema completamente adecuado”. Procura llenar el vacío en cuanto a la fundamentación de la primacía de la libertad introduciendo el concepto liberal

⁸⁹⁴ Arango, R. *El concepto de derechos sociales...*, p.242.

⁸⁹⁵ *Ob. Cit.*, p.242.

⁸⁹⁶ *Ob. Cit.*, p.242.

⁸⁹⁷ Kukathas y Pettit. *La teoría de la justicia de John Rawls..* p.121.

de la persona, que expresa sus capacidades morales, a saber, el sentido de justicia y la búsqueda del bien. Pero, tal como se advierte en Arango, “en relación con el lugar que el mínimo social ocupa en la teoría reformulada de la justicia como equidad, Rawls se mantiene en su tesis inicial”. Los bienes primarios son medios para la realización solo de preferencias individuales. Así, el llamado «mínimo social» conlleva un problema de justicia distributiva, razón por la cual está adscrito al *segundo principio* de justicia⁸⁹⁸ (que hasta ese momento mantenía en su tesis original).

Para 1987, Rawls postula el fundamento de la teoría política de la justicia; con el objeto de adaptar su teoría inicial (“ideal”) como la equidad a las condiciones de un orden constitucional estable. Para ese momento van a adquirir importancia capital dos conceptos que terminan asociándose en la búsqueda de lo que aquí se estudia: (i) Los «contenidos constitucionales esenciales» que sustraen importantes materias del proceso político de decisión mayoritaria; y (ii) el «mínimo social» que asegura los presupuestos necesarios para la puesta en práctica de los derechos y libertades fundamentales. Los primeros (contenidos constitucionales esenciales), “aseguran la estabilidad de la democracia también en caso de una grave inactividad legislativa, algo que un proceso de decisión procedimental no puede ofrecer” –destaca Arango⁸⁹⁹-. Con respecto al «mínimo social», Rawls distingue por vez primera el mínimo social para la satisfacción de las necesidades básicas y el segundo principio de su teoría de la justicia como equidad. En este último aspecto, explica:

“El contenido constitucional esencial aquí es más bien que, debajo de cierto nivel de bienestar y social, y de entrenamiento y educación, la gente simplemente no puede participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales. Lo que determina el nivel de bienestar y educación que permite esto no es una cuestión que deba dirimir una concepción política⁹⁰⁰”.

⁸⁹⁸ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.243.

⁸⁹⁹ *Ob. Cit.*, p.244.

⁹⁰⁰ *Ob. Cit.*, p.245.

Según Arango, Rawls puntualiza que la determinación del mínimo social estaría condicionada socialmente, aunque eso no limita su carácter como «contenido esencial de la constitución⁹⁰¹». En ese mismo tema, Durango Álvarez al referirse a la misma obra de Rawls, agrega que cuando aquel antepone los derechos individuales a los sociales, dejaría sin sustento y sin posibilidades de realización los derechos sociales y económicos⁹⁰²; pero es más importante cuando atribuye al propio Rawls la afirmación según la cual, “si bien un mínimo social que prevea para las necesidades básicas de todos los ciudadanos es también un elemento esencial, lo que he llamado el principio de la diferencia exige más, y no es un elemento constitucional esencial⁹⁰³”.

En 1989 otro trabajo suyo incorpora cambios a su tesis inicial. También modifica (parcialmente) su teoría de los bienes primarios, donde intenta compatibilizar su teoría de la justicia como equidad con su teoría política de justicia. Destaca de la misma su enfoque respecto a los bienes primarios (que sustenta en una concepción de las necesidades de unos ciudadanos libres e iguales⁹⁰⁴). En este aspecto, en opinión de Arango, sería alguna “concesión” a la crítica que le formulara Thomas Scanlon [que propugnaba las diferencias entre preferencia (como factor subjetivo) y la urgencia (factor objetivo) respecto a la satisfacción de las necesidades]. De esta manera, ahora Rawls conviene en una *concepción normativa de las necesidades*. La importancia de esta distinción –dice Arango- está en que “un concepto normativo de las necesidades es más apropiado para justificar derechos que el concepto de las necesidades como preferencias individuales⁹⁰⁵”.

⁹⁰¹ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, pp. 244, 245.

⁹⁰² Durango Álvarez, Gerardo. *Derechos fundamentales y democracia deliberativa. Una aproximación desde la teoría habermasiana*, Ed. Temis, Universidad de Medellín, Colombia, 2006, p.160.

⁹⁰³ Durango Álvarez, Gerardo. p.160.

⁹⁰⁴ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.246.

⁹⁰⁵ *Ob. Cit.*, p.247.

Finalmente llegamos a un Rawls más evolucionado cuando en 1993 (Political Liberalism) propone armonizar (ya no parcialmente como antes) sino totalmente su teoría de la justicia como equidad con su teoría política de la justicia, y es pertinente **“porque aquí el mínimo social por primera vez se relaciona claramente con la Constitución”** (Negrillas nuestras). El problema que esto plantea –en palabras de Arango- es determinar si logra tal justificación en ese intento de armonización⁹⁰⁶. Ese nuevo enfoque obliga a Rawls a considerar la adición de unos principios a los que antes había presentado como fundamento a sus teorías. Tales principios sustanciales y procedimentales fijan límites dentro de los cuales se «determinan» los contenidos constitucionales esenciales y la estructura básica de la justicia; lo que según Arango llevará a Rawls a sostener que “[Una] provisión mínima para la satisfacción de las necesidades básicas de todos los ciudadanos también es un contenido [constitucional] esencial⁹⁰⁷”.

Esta última afirmación demuestra *la importancia que se concede al tema de los contenidos esenciales constitucionales*; para llegar después a entender cómo actúa tal racionalidad en la manera de precisar dichos contenidos. Entre las mayores contribuciones de este nuevo enfoque, “la razón pública sustrae importantes materias del ámbito deliberativo y decisorio del legislador”; siendo así, el propio Rawls afirma que: “[L]os límites impuestos por la razón pública no rigen para todas las cuestiones políticas, sino para aquellas que implican lo que podríamos llamar esencias constitucionales y cuestiones de justicia básica⁹⁰⁸”. Dicho planteamiento rompe obviamente el paradigma democrático de elevar toda cosa al poder legislativo (sobre todo en materia tan sensible como derechos sociales); al punto de entender que algunos aspectos y materias *pueden convenientemente ser dejados fuera del debate político*; que llama «esencias constitucionales» (o simplemente *contenidos constitucionales esenciales* como dice

⁹⁰⁶ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.246.

⁹⁰⁷ *Ob. Cit.*, p.248.

⁹⁰⁸ *Ob. Cit.*, p.248.

Arango⁹⁰⁹). En este punto, debe explicarse someramente que estos contenidos constitucionales esenciales deben cumplir tres condiciones de legitimidad: (i) deben ser justificables frente a cualquiera; (ii) deben basarse en realidades fácilmente “reconocibles” (aceptables por el sentido común y demostrables por métodos científicos); (iii) deben ser completos, asunto que entiende con poder dar una respuesta pública “razonable” a todos los casos (o a casi todos) relacionados con los contenidos constitucionales esenciales y los asuntos de justicia.

Para justificar cómo han de precisarse tales categorías, Rawls divide los «contenidos constitucionales esenciales» en dos clases: (1) Los principios de la justicia política que precisan de una estructura estatal y del proceso político (legislativo, ejecutivo y judicial) junto al alcance de la “mayoría”; y (2) los principios de la justicia política que garantizan derechos y libertades básicas para todos los ciudadanos (derecho al voto, participación política, libertad de conciencia, libertad de asociación, así como el principio del estado de derecho (*the protections of the rule of law*)). Nos detendremos brevemente en este segundo aspecto porque como explica Arango, abarca íntegramente el primer principio de la justicia y donde incluye al segundo solamente en una parte⁹¹⁰. Según puede observarse, solo algunos elementos de la llamada justicia distributiva caerían bajo el concepto de «contenidos mínimos constitucionales»; y son a saber: la libertad de movimiento, la libre elección de un empleo y el «mínimo social» indispensable para cubrir las necesidades básicas⁹¹¹.

Las razones que defiende Rawls para distinguir las «esencias constitucionales» (*constitutional essentials*) definidas por las *libertades públicas* de los principios que regulan las *desigualdades sociales y económicas*, son: (i) Los dos tipos de principios definen papeles para la estructura básica; (ii) es más «urgente» fijar las esenciales relativas a las libertades básicas; (iii) es más sencillo reconocer cuando esas esenciales han sido satisfechas o no; (iv) es más mucho más

⁹⁰⁹ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.248.

⁹¹⁰ *Ob. Cit.*, p.249.

⁹¹¹ *Ob. Cit.*, p.249.

fácil llegar a acuerdo acerca de lo que deben ser estos derechos y libertades básicas. Explica que la libertad de movimiento, la libre elección de un empleo y el «mínimo social» indispensable para cubrir las necesidades básicas que citaba antes, cuentan como esenciales constitucionales, mientras que el «principio de equitativa igualdad de oportunidades» y el «principio de la diferencia», no⁹¹²». Para Arango, con esta nueva posición, “Rawls acepta finalmente a su vez la tesis de Frank I. Michelman, según el cual ‘los derechos sociales constitucionales’ deben ser parte de una constitución democrática”. En este aspecto hay que destacar sin embargo, la distinción que se hace en la teoría de Rawls; por un lado, entre el mínimo social especificado por las necesidades básicas y del contenido del principio de la diferencia; y por otro lado, la importancia que atribuye para la conceptualización de los derechos sociales fundamentales⁹¹³.

Para lograr identificar tales contenidos; argumenta que son los jueces constitucionales quienes “deben garantizar ‘el mínimo social especificado por las necesidades básicas⁹¹⁴’”. Esta última apreciación no supone la adopción de una posición moral comprensiva que le imponga determinada persona; pues los contenidos constitucionales esenciales –interpretando a Rawls- “exigen únicamente la consideración de los valores políticos que en opinión del juez pertenezcan a la comprensión más razonable de la concepción pública de la justicia⁹¹⁵”. Supone Arango, que Rawls renuncia a calificar el mínimo social como derecho fundamental; al no tener claro, “si a quien le corresponde el mínimo social en virtud de los ‘contenidos constitucionales esenciales’ de un orden democrático constitucional, tienen un derecho fundamental a dicho mínimo⁹¹⁶”; por consecuencia: “El mínimo social especificado por las necesidades básicas (concebido ahora como un ‘contenido constitucional esencial’ y no ya como un

⁹¹² Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.250.

⁹¹³ *Ob. Cit.*, p.250.

⁹¹⁴ *Ob. Cit.*, p.250.

⁹¹⁵ *Ob. Cit.*, p.251.

⁹¹⁶ *Ob. Cit.*, p.251.

'bien primario' únicamente) es un momento previo a la distribución de los bienes básicos mediante el proceso político⁹¹⁷".

Resulta de tal interés esta aportación, que de la misma teoría se tiene que cada contenido (constitucional esencial) a su vez tiene su propio *límite inferior* –al que alude Rawls-, pero que a diferencia de la teoría del contenido esencial; no es el legislador quien le establece, sino la propia Constitución pero partiendo de la concepción pública de la justicia. Más pertinente aún cuando desde allí mismo es capaz de deducir “un nivel mínimo de bienestar material y social y garantiza el adiestramiento y **la educación**” (Subrayado nuestro); llegando de este modo a convencernos en tal necesidad.

Todos estos planteos, sostiene Arango, lo llevan a concluir que Rawls sería consecuente de su teoría de la justicia, al no atribuir el mínimo social a la justicia distributiva, sino a la justicia compensatoria. Finalmente, que los principios de justicia política (que conforman los contenidos constitucionales esenciales) incluyen tanto derechos y libertades básicas como el mínimo social indispensable (para la satisfacción de las necesidades de las personas) que les permitan el ejercicio de sus derechos constitucionales⁹¹⁸. Como se observa, para Rawls termina siendo relevante que los contenidos constitucionales esenciales sustraigan a la competencia dispositiva del legislador y obliga a los jueces a su reconocimiento, más no a la inversa. Los contenidos constitucionales esenciales no se agotan en los derechos constitucionales; pues de ellos también hacen parte los asuntos propios de la estructura de la justicia básica de la sociedad⁹¹⁹.

Ya para ir finalizando, cuando Arango se pregunta el por qué Rawls habría renunciado a calificar ese derecho mínimo social como derecho básico o fundamental, consigue explicarlo desde dos argumentos. *Primero*, la conjetura más simple se trataría de un “olvido irrelevante”, puesto que si ha reconocido que ese contenido constitucional esencial debe ser reconocido por el juez en forma objetiva

⁹¹⁷ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.251.

⁹¹⁸ *Ob. Cit.*, p.251.

⁹¹⁹ *Ob. Cit.*, pp.251-252.

en cada caso, lo que implicaría sería reconocerlo como un derecho subjetivo (pese a que no lo denomine así). *Segundo*, que tal negativa de Rawls en reconocer el mínimo social especificado por las necesidades básicas de una persona como un derecho fundamental, “significaría la negación de la primacía del primer principio de justicia, es decir, de las libertades básicas, sobre el reparto resultante del reconocimiento de dicho mínimo social a todo ciudadano cada vez que lo requiera⁹²⁰”. En otras palabras, para Arango la respuesta más apropiada (cree él) es la segunda, y no la primera como opina Alexy cuando hace el mismo cuestionamiento; lo que implicaría “la renuncia definitiva de su teoría ideal, comprensiva y deontológica de la justicia” (en donde precisa tal justificación)⁹²¹. Bajo estos argumentos, incluso hasta supone que Rawls “carece de un concepto claro de derechos subjetivos, así como de derechos fundamentales”; afirmación suya donde tampoco adoptaremos alguna posición en preferencia de ninguno de ambos autores.

Con vista a la serie de críticas expuestas F. Michelman, L.A. Hart I. Scanlon en su oportunidad, y más recientemente por Arango (sobre el supuesto desconocimiento de Rawls en la definición de los derechos subjetivos e incluso de los derechos fundamentales⁹²²) o de Durango (que el planteamiento rawlsiano da *pocas garantías* para los derechos económicos y sociales⁹²³); respetando todos esos puntos de vista, reconocemos en Rawls *primero* el valor de ir evolucionando en su formulación original al aceptar cuestionamientos de parte de sus colegas en su momento; *segundo*, la capacidad de aceptar el mismo aquellas cuestiones trascendentales del debate; pero más importante, y *tercero*, es su contribución para desmitificar que solo el legislador es capaz de determinar contenidos mínimos en derechos; especialmente en materia de los sociales. Su aporte a la ciencia sobre el

⁹²⁰ *Ob. Cit.*, p.252.

⁹²¹ *Ob. Cit.*, p.252.

⁹²² *Ob. Cit.*, p.252.

⁹²³ Durango, Álvarez, G.. *Derechos fundamentales...*, p.160.

«mínimo social» y sobre las «cuestiones constitucionales esenciales», son incuestionables.

2.3. Tesis de los «contenidos constitucionales sociales expresos» (Michelman).

Michelman aparece mencionado en el punto anterior entre aquellos autores que presentaron diversas críticas a las teorías iniciales de Rawls y que coadyuvaron de algún modo con la evolución doctrinal de aquel, lo que ha enriquecido el debate en la materia que nos ocupa. Este autor defiende la adopción de «derechos sociales fundamentales» (*constitucional welfare rights*) a nivel constitucional⁹²⁴. Para explicarlo, acudimos nuevamente a Arango, quien sostiene que algunas ideas de ciertos teóricos acerca de los derechos sociales fundamentales, son para Michelman “reflexiones sugestivas pero erróneas, en particular de cómo los derechos subjetivos son reconocidos en la práctica judicial (en especial la que corresponde a la justicia constitucional⁹²⁵)”.

Prima importancia en la concreción de los mismos el papel de la justicia constitucional; pero encuentra unos problemas, principalmente en la manera en que son concebidos –reconocidos– tales derechos sociales por dicha práctica judicial, asunto que atribuye a errores teóricos en la forma en que son –y han sido– concebidos los derechos subjetivos. Sus argumentos en favor de la existencia de los derechos sociales fundamentales se presentan en el contexto de su enfrentamiento con Rawls, en especial, en relación a la teoría de justicia⁹²⁶.

En virtud de la propuesta que hiciera Rawls en *A Theory of Justice* (1971), Frank Michelman en *In Pursuit of Constitutional Welfare rights: One view of Rawls's Theory of justice* (1972), indicó que el primero debería distinguir en su

⁹²⁴ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Universidad Nacional de Colombia, 1ª ed., Bogotá, D.C., 2005, p.254.

⁹²⁵ *Ob. Cit.*, pp. 254-255.

⁹²⁶ *Ob. Cit.*, p.255.

teoría entre derechos sociales fundamentales y derechos a un nivel de ingreso mínimo, pese a no hacerlo inicialmente. Explica que los derechos sociales fundamentales son «garantías sociales específicas» (en donde curiosamente coloca: el techo, *la educación*, el cuidado médico⁹²⁷), que tienen por objeto asegurar la práctica de *otros* derechos y libertades; así como el desarrollo del autorrespeto. Los segundos serían derechos contra la desigualdad excesiva o innecesaria de la riqueza o ingreso, y caerían en el *principio de la diferencia*. Destaca principalmente que estos últimos (derechos a un nivel de ingreso mínimo) “son un asunto de competencia del legislativo en calidad de máximo órgano de representación popular⁹²⁸”.

Según Michelman, el hecho que Rawls no haya distinguido conscientemente entre derechos sociales fundamentales y derechos a un ingreso mínimo, resulta porque su teoría es aplicada en forma “ideal” (para sociedades bien ordenadas o lo que llama *justicia perfecta*) dejando fuera las sociedades que no están bien ordenadas⁹²⁹. Por ende, si fuere el caso de sociedades bien ordenadas estaría en presencia de un estado de justicia perfecta; de esto modo podría explicarse por qué Rawls no podría hacer una distinción entre derechos sociales fundamentales y derechos a un ingreso mínimo. Asume en este orden, que para “la teoría ideal de la justicia, los derechos sociales carecen de importancia y no son fundamentales, mientras que para la teoría no ideal de la justicia tales derechos tienen gran importancia y deben, por tanto, ser reconocidos a nivel constitucional⁹³⁰”.

Entiende Arango, que para Michelman en aquellas sociedades bien ordenadas sus miembros estarán menos interesados “(...) en la cuestión de los derechos constitucionales exigibles judicialmente, especialmente los sociales”. En consecuencia: “Los derechos constitucionales substantivos que no son exigibles por

⁹²⁷ *Ob. Cit.*, p.255. La cita a la que alude este autor, refiriéndose a Michelman aparece en nota 52, de la p.966 de la obra de aquel.

⁹²⁸ *Ob. Cit.*, p.255.

⁹²⁹ *Ob. Cit.*, p.255.

⁹³⁰ *Ob. Cit.*, p.256.

vía judicial, intuitivamente parecen tan plausibles en la teoría no ideal, como dudosos en una teoría ideal⁹³¹”.

Es entonces a partir de la distinción entre derechos sociales fundamentales y derechos a un ingreso mínimo, cuando Michelman llega a importantes conclusiones respecto al control de constitucional (*judicial review*); de allí que el uso del control de constitucionalidad sería notoriamente efectivo para aquellos derechos ligados a libertades básicas (verbigracia, derecho a la libre expresión y al voto libre e igual) o derechos para ciertas necesidades de las que depende el goce de dichas libertades; pero “el uso del control de convencionalidad para reivindicar derechos de bienestar que no están estrictamente asociados con las libertades básicas, iría claramente en contra de la primacía de la libertad⁹³²”. Resulta obvio, que en este último caso se está refiriendo a los *derechos sociales* cuando alude a los llamados *derechos de bienestar*.

Para fundamentar su teoría, sostiene que los «derechos sociales fundamentales» se basan en el valor del auto respeto (*self-respect*); reconociendo de antemano, que el auto respeto tiene un doble papel en la teoría de Rawls, por un lado, porque es un bien primario junto al ingreso y la riqueza; de otro lado, constituye una meta o fin de todos los principios de justicia. Por ello, para Michelman “en la teoría de la justicia como equidad tiene que haber derechos sociales fundamentales: son esenciales para el auto respeto y rebasan el contenido del segundo principio de la justicia⁹³³”.

Asimismo, dicho autor reconoce la existencia de diversas objeciones en contra el reconocimiento judicial de los derechos sociales fundamentales, las cuales no subestima; siendo entre las más importantes, aquellas que se relacionan con el concepto de derecho subjetivo, consecuencia –dice- de un complejo tipo del filosofar político⁹³⁴. Bajo esa premisa, reconoce que a los derechos subjetivos se le

⁹³¹ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.256.

⁹³² *Ob. Cit.*, pp.255-256.

⁹³³ *Ob. Cit.*, p.257.

⁹³⁴ *Ob. Cit.*, p.257.

atribuyen principalmente tres características (su reciprocidad, su obligatoriedad y su carácter negativo), y basado en las mismas, algunos sostienen que los derechos sociales no reúnen esas características, porque presuponen exigencias ilimitadas y no obligatorias (de las que no cabe distinguir obligaciones concretas⁹³⁵).

Como resultado de tales cuestiones, Michelman en otro trabajo (*Welfare Rights in a constitutional democracy en 1979*); propone un concepto de derechos subjetivos distinto, según copiamos Arango, que se compone de tres condiciones. Este plantea que una persona tendría un derecho subjetivo a cierto grado de cosas; cuando (i) se reconoce que esa persona tienen un interés propio a esa cosa; (ii) si en reconocimiento a ese interés individual, ejerce –o debería ejercer- una influencia significativa práctica sobre las decisiones judiciales en la dirección favorable a tal cumplimiento; y, (iii) que esa influencia depende de qué cosas están en juego, distinguiéndose de la generalidad de otros intereses que esta persona y otros puedan tener. Así, el interés personal en determinada cosa (que llamaremos acá prestación), “es jurídicamente seleccionado de la cantidad de intereses que una persona tiene, y le es atribuido peso especial en la resolución de disputas jurídicas⁹³⁶”.

Arango interpreta de esta manera, que la concepción de Michelman se corresponde a la práctica al distinguir entre el plano de las razones para los derechos (o intereses del individuo) y la situación a la que el derecho se refiere (o estados de cosas). En este caso, la mención de *derechos como estados de cosas* no es superflua, ya que “intenta suministrar una base objetiva a los intereses propios mediante el discurso de las circunstancias fácticas, de modo que cuando tales circunstancias fácticas se presentan, se otorgue objetivamente un peso especial acordado (*accorded special weight*) a dichos intereses⁹³⁷”. En ese sentido, sigue explicando, que la importancia de los intereses individuales (por sí sola) no es decisiva al reconocimiento de los respectivos derechos subjetivos, sino que además

⁹³⁵ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.258.

⁹³⁶ *Ob. Cit.*, pp.258-259.

⁹³⁷ *Ob. Cit.*, p.259.

“requiere de unas circunstancias objetivas en las que los intereses del individuo ganan, *por previo acuerdo*, un peso tan concreto que su garantía jurídica puede exigirse⁹³⁸”. (Resaltado nuestro).

La última expresión *por previo acuerdo* a que hacía mención este autor, nos llevará a indagar el lugar en el que residirían tales acuerdos (*¿poder constituyente?; ¿poder legislativo?; ¿poder judicial?*), de modo que dicha racionalización se perfila como una relación institucional. Por un lado, Michelman no obstante de reconocer la preponderancia que tendría el poder legislativo como representante de la soberanía popular⁹³⁹; luego es capaz de sostener que se hace necesario lo que llama un proceso de deliberación institucional que tendría lugar en el ámbito de la decisión judicial⁹⁴⁰. De tal forma, los derechos positivos no los concibe como exigencias a priori para el funcionamiento de las instituciones, sino resultado de tal proceso de deliberación entre ellas⁹⁴¹. Por consiguiente, entendemos por deliberación institucional, ese “diálogo” –a veces contrario- entre los órganos directamente implicados en tales desarrollos de derechos; primero el poder legislativo, luego el poder judicial.

Bajo esa referencia, Michelman **prefiere que los derechos sociales fundamentales estén a nivel constitucional**; observando entre las cosas positivas de tal condición, en forma que en multiplicidad de casos, por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica ha reconocido los derechos sociales fundamentales en sus decisiones⁹⁴². Llama poderosamente la atención en su análisis, la manera en que el mismo Michelman se pregunta para terminar cuestionando: “¿Cómo es posible que la Corte Suprema reconozca un derecho a la educación mínima, y a la vez niegue prácticamente cualquier derecho a la

⁹³⁸ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.259.

⁹³⁹ *Ob. Cit.*, p.255.

⁹⁴⁰ *Ob. Cit.*, p.259.

⁹⁴¹ *Ob. Cit.*, p.259.

⁹⁴² *Ob. Cit.*, pp.259-260.

subsistencia, al techo o al ciudadano médico?⁹⁴³”. En ese sentido, apoyado en su teoría de los derechos subjetivos, llega a la conclusión “de que los jueces pueden reconocer derechos sociales fundamentales mínimos, sin que con ello usurpen necesariamente competencias legislativas o ejecutivas⁹⁴⁴”.

Cuando Arango analiza la teoría de Michelman, reconoce un paso importante (pero insuficiente) para el esclarecimiento del lugar de los derechos sociales fundamentales en las sociedades modernas. Dice este comentarista, “no resulta claro de Michelman la manera en que pretende justificar el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales con el concepto subjetivo propuesto⁹⁴⁵”. Sin que este autor colombiano haya examinado el motivo de esa cuestión (limitado como el mismo dice por cuestiones de metodología de su trabajo), solo agrega que “el paso de la importancia de una situación *fáctica* al reconocimiento de una posición *normativa* (derecho a algo) exige mayor justificación⁹⁴⁶”. (Resaltados y negritas del texto original).

Lo que acá nos atañe, es subrayar como positiva la tesis planteada por Michelman en reconocer los beneficios que se consiguen con **llevar a los derechos sociales a nivel constitucional** (refiriéndose a la necesaria relación institucional de los poderes legislativo y judicial, primordialmente); pero en especial, porque abre el debate sobre si es posible constitucionalizar tales derechos. El problema –entre otros-, reside en responder o analizar si –como acá se intenta-, *si es posible determinar los contenidos mínimos de este tipo de derechos en la propia Constitución*; para aplicarlo al derecho a la educación gratuita como vertiente prestacional.

⁹⁴³ *Ob. Cit.*, p.260.

⁹⁴⁴ *Ob. Cit.*, p.260.

⁹⁴⁵ *Ob. Cit.*, p.260.

⁹⁴⁶ *Ob. Cit.*, p.260.

3. DE LA INCONVENIENCIA DE CONTENIDOS SOCIALES DESDE LA CONSTITUCIÓN. ¿HAY UN MÍNIMO VITAL EN EDUCACIÓN? (DEBATIENDO CON ALEXY).

Según el recuento anterior, Villaspín Oña, Rawls y Michelman con distintos matices y argumentos proponen la existencia de que ciertos contenidos sociales, puedan *–y deban– estar prescritos en la Constitución*; encargando principalmente al legislador junto al judicial la racionalización del poder para respetar aquellos contenidos (constitucionales). Robert Alexy viene a coincidir con dichos autores para subrayar la importancia que se predica al poder legislativo en la construcción y desarrollo de los derechos fundamentales en general. Sus diferencias con aquellos teóricos empiezan; frente a su concepción: **sería inconveniente se constitucionalizasen los derechos sociales.**

La prolija obra de Alexy está contenida en diversos trabajos acá revisados y contrastados, incluyendo determinados autores que lo han comentado e interpretado en este aspecto. En su conocida posición original, dicho autor plantea la conveniencia en dejar (preferiblemente) en manos del legislador el asunto de establecer los contenidos de los derechos fundamentales (en general) que establecerlos *desde* la Constitución. No vamos a reparar en su visión o sesgo excesivamente liberal, porque bajo esa concepción es perfectamente posible sostenerse su tesis, según la cual, a través la legitimación del legislador democrático se determine no solo los “contornos” propios de los contenidos prestacionales (sociales); sino más, y también, que pueda establecer su margen mínimo.

En su famosa *Teoría de los derechos fundamentales*, defiende la idea que la Constitución debe “renunciar” a un modelo definitivo de derechos sociales e indiscutibles. Que las exigencias prestacionales, en su criterio, entrarían “siempre” en conflicto con otros principios o derechos que corresponden a la competencia o son materia legislativa. Que la prestación de determinados derechos sociales debería establecerse en *cada caso*; para lo cual, considera que habría que

justificarse por vía de la «ponderación» entre las razones contradictorias que concurren entre sí; generalmente en el plano de las libertades u otros derechos⁹⁴⁷.

Es llamativa su “teoría”, por decir lo menos, que parte de la necesaria relación que debería hacerse entre los derechos y libertades civiles y políticos para supuestamente otorgar determinados derechos prestacionales. Es decir, que escribe en *clave “liberal”* para explicar la existencia de un derecho de *contenido “social”*. Parece evidente que su preocupación “natural”, sea que para la prestación de derechos sociales, *no se afecten sus derechos ideales (liberales)*.

Sobre aquella teoría, interpreta Prieto Sanchís que una posición de prestación estaría definitivamente garantizada en la medida que un valor que aparece detrás de todos los derechos sociales, como sería la libertad real y efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y a su vez, que los supuestos principios y derechos en “pugna” (el principio democrático a favor del legislador y las libertades de terceros entre los más importantes), se vean afectados de modo reducido⁹⁴⁸. Como es sabido dedica su teoría de la ponderación (confiada al legislador principalmente), frente a lo que denomina *derechos de protección*, que corresponde al régimen de libertades generales *pues la asunción de los derechos de carácter prestacional conllevaría a un problema de **exceso de constitucionalización***⁹⁴⁹.

Es momento de aclarar que la tesis que trae Alexy tiene como corolario a su vez las ideas que se sostienen con Böckenförde (en *Grundrechte als Grundsatznormen*, 1991) a quien cita expresamente, pues “el paso del estado legislativo a un estado constitucional de jurisdicción” sería irresistible⁹⁵⁰. Está de

⁹⁴⁷ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, El derecho y la justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.495.

⁹⁴⁸ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Centro de estudios constitucionales, Nro.22, sept-dic., España, 1995, p.48.

⁹⁴⁹ Alexy, Robert. *Sobre los derechos constitucionales a protección*, en: *Derechos sociales y ponderación* (Obra Colectiva), 2ª ed., Fund. Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p.52 y ss.

⁹⁵⁰ Alexy. *Sobre los derechos constitucionales...*, p.48.

acuerdo Alexy, citando textualmente a Böckenförde, que la “única manera de evitarlo es regresando a la concepción de los derechos constitucionales como derechos subjetivos de libertad dirigidos defensivamente contra el estado⁹⁵¹”. A la interrogante que el mismo se plantea, respecto a si es sólida dicha objeción, responde afirmativamente exponiendo lo que él califica como una *expansión de los derechos constitucionales*, en los que incluye la optimización y los derechos de prestación⁹⁵². En su discurso, señala que si “todas y cada una de las normas y decisiones jurídicas se encontrasen ya en la constitución, [ello] daría lugar a la pérdida total de autonomía de la legislación parlamentaria”. Todo lo cual, y con esto concluye, sería incompatible con la democracia⁹⁵³. Frente tal posición, observamos que la idea que tiene este autor en preferir en la labor del legislador donde se reconozcan los contenidos prestacionales (más allá de la propia Constitución), es absolutamente entendible y valida si se toma en cuenta la premisa que la democracia se ejercita *mejor* en terrenos del legislador democrático. En este último enfoque si estamos de acuerdo. Pero resulta -como menos- contradictorio, aludir al concepto de déficit democrático (alegando supuesta pérdida de autonomía parlamentaria) desde la constitucionalización de ciertos derechos constitucionales (porque ese sería *el rol del legislativo*), como si la aprobación de una Constitución en si misma consistiera en un mecanismo fuera de la democracia (cuando más bien viene precedida de una forma asamblearia con mayor legitimación, *el rol de la Asamblea Constituyente*).

Pero no somos los únicos que hacemos algunos reparos. Ferrajoli viene postulando una serie de materias que entrarían en lo que llama «esfera de lo indecible⁹⁵⁴»; esto es, aquellas que no serían conveniente dejarlas en manos de la mayoría ni de las acciones de la política en general; en contraste con la «esfera de

⁹⁵¹ *Ob. Cit.* pp.48-49. La cita a la que se alude de Böckenförde, aparece en la pág.194 y 198 de su obra referida.

⁹⁵² Alexy, R. *Sobre los derechos constitucionales...* p.49.

⁹⁵³ *Ob. Cit.*, p.49.

⁹⁵⁴ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p.108.

lo decidible», compuesto por un estado de cosas que si sería conveniente o propias con la acción política (ejemplo el mercado y la política⁹⁵⁵). Para tales efectos, Ferrajoli se sitúa en contra de Alexy –aunque no lo diga expresamente- cuando menciona a los derechos sociales (y sus garantías) justamente entre las cosas (materias) que no deberían estar sujetos a la decisión política⁹⁵⁶. En nuestra opinión, esta materia entraría en lo que aquel llama *esfera de lo indecible*.

En la misma línea de reparos, según Casal este “método” (de la ponderación alexyana) ha estado en el centro del debate y que aún no está cerrado, aludiendo a la existencia de ciertas posturas que denomina como *escépticas* (que consigue en S. Lenz) frente a las *defensoras de tal racionalidad* (que consigue en Bernal⁹⁵⁷). Desde esta discusión, el propio Prieto Sanchís encuentra la tesis alexyana contentiva de una argumentación sugestiva⁹⁵⁸, hasta que llegamos a Von Bernstorff⁹⁵⁹- cuando replica que “los derechos fundamentales y los derechos humanos no constituyen principios flexibles y abiertos a la ponderación en el sentido de Robert Alexy⁹⁶⁰”. Finalmente, Arango le objeta a esta tesis, que “no abarca las omisiones estatales absolutas –por ejemplo la inactividad del legislador en reconocer un derecho fundamental al mínimo vital-⁹⁶¹”. En ese sentido, “la afirmación de Alexy, según la cual las condiciones de los derechos sociales

⁹⁵⁵ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo...*, p.32.

⁹⁵⁶ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo...*, p.66.

⁹⁵⁷ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Ed. Legis, 1ª ed., Caracas, 2010, p.164.

⁹⁵⁸ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Centro de estudios constitucionales, Nro.22, sept-dic., España,1995, p.48.

⁹⁵⁹ Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial de los derechos humanos*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm.615, México, 2011, p.154.

⁹⁶⁰ Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial...*, p.155.

⁹⁶¹ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.202.

fundamentales se cumplen en todo caso respecto de los derechos sociales fundamentales mínimos, debe rechazarse⁹⁶²”.

En consecuencia, el argumento de Alexy acerca de que sería mejor dejar los contenidos de los derechos sociales prestacionales en el legislador y no en la Constitución, lo que según él sería inconveniente, se ubica en aquella vieja tesis del Estado legislativo de derecho, hoy superado desde el paradigma del Estado constitucional de Derecho. Interpretamos que cuando este autor asume esta postura, al no consentir que se constitucionalicen los derechos sociales (quiere evitar entrar en contradicción frente al valor normativo constitucional).

Cuando maximiza la *posición legislativa* en el establecimiento de contenidos mínimos en materia de derechos sociales y no quiere que se constitucionalicen esos derechos, está desconociendo al mismo tiempo a otros agentes que, como la jurisdicción (como éste sabe), también tiene algo que decir –y mucho- en materia de los derechos prestacionales como exponen otros autores (entre otros, Prieto Sanchís⁹⁶³; Ferrajoli⁹⁶⁴; Zagrebelsky⁹⁶⁵ o Elia⁹⁶⁶).

Por último, tampoco estamos de acuerdo que Alexy, parta de los derechos de libertad –como fundamento- para explicar la existencia constitucional de los derechos prestacionales; aspecto que atenderemos en su oportunidad. Sin embargo, en otras partes de su estudio si convenimos sobre todo en construcción argumentativa de los derechos fundamentales implícitos o creados en forma interpretativa; y sobre todo en su último trabajo citado, donde reconoce lo que denomina «**derecho a un mínimo en el sistema educativo público**». Porque

⁹⁶² *Ob. Cit.*, p.211.

⁹⁶³ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales...*, págs. 51, 54, 56.

⁹⁶⁴ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo...*, p. 209.

⁹⁶⁵ Inclusive, Zagrebelsky hasta encuentra que en determinados casos, los jueces estarían en mejores condiciones (frente al legislador). *Vid.*, Aragón Reyes, Manuel. *El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad*, en: Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos, M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (Comps.), UNAM, Ed. Porrúa, México, 2004, p.158.

⁹⁶⁶ Leopoldo Elia en “giustizia costituzionale e diritto comparato”, *Vid.* Fernández Segado, Francisco. *El estado social de derecho y el control en sede constitucional de las omisiones legislativas*, en: Anuario de Derecho procesal constitucional, E. Velandia Canosa (Edit.), nro.1, Ediciones Doctrina y ley, Ltda., Bogotá, Colombia, 2010, p. 335.

a pesar que lo hace desde una perspectiva en la que diferimos (ya que se refiere como un “remedio subsidiario” de lo que en forma ordinaria no puede proveer el mercado); cuando menos reconoce la existencia de unos “derechos fundamentales sociales mínimos”, citando como ejemplos, “a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar...⁹⁶⁷”.

En definitiva, se hace evidente la trascendencia de su teoría de la ponderación como mecanismo tendente a resolver las colisiones constitucionales⁹⁶⁸, y en la postulación de los derechos fundamentales implícitos, pero no frente a su otro fundamento (que defiende el supuesto enfrentamiento de derechos de libertad con derechos prestacionales) y que conllevaría –según Alexy– a una inconveniente constitucionalización (de éstos últimos).

4. DE LA CATEGORÍA DEL «CONTENIDO ESENCIAL» FRENTE A LAS PRESTACIONES MÍNIMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La determinación del contenido de los derechos sociales fundamentales se debate intensamente en la doctrina constitucional⁹⁶⁹; en el sentido de erigirse en “un campo fértil al que hoy se dedica intensa atención⁹⁷⁰”; al punto de que Stern lo sitúa entre los temas más difíciles y discutidos⁹⁷¹. Igualmente se dice, que el reconocimiento del contenido de derechos fundamentales, si bien ha resuelto problemas ha causado otros (a causa de ciertas imprecisiones, interpretaciones

⁹⁶⁷ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, El derecho y la justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.495.

⁹⁶⁸ Casal H., Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Ed. Legis, 1ª ed., Caracas, 2010, p.164.

⁹⁶⁹ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Ed. Legis, Bogotá, 1ª ed., 2005, p.54.

⁹⁷⁰ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo. *Los derechos fundamentales y la constitución a los veinticinco años*. Revista de ciencias Jurídicas y sociales, nro.0, 2004, p.34. Disponible: [file:///C:/Users/Michelle/Downloads/14685-14762-1-PB%20\(1\).PDF](file:///C:/Users/Michelle/Downloads/14685-14762-1-PB%20(1).PDF) (enero, 2016).

⁹⁷¹ Stern, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nro.1, Madrid, 1998, p.272.

contrarias y temas aún sin estudiar⁹⁷²). Efectivamente, se reconoce la problemática acerca de los derechos sociales fundamentales respecto a su delimitación en virtud de su indeterminación (Martínez-Pujalte⁹⁷³; Carbonell⁹⁷⁴; Heuko⁹⁷⁵).

Si todo derecho tiene sus propios contenidos y se discute cuál es mejor forma de establecerlos, debe entenderse entonces que existirán límites internos y límites externos; siendo respecto de los primeros (base mínima) donde son evidentes las aportaciones de la teoría del contenido esencial, que puede encuadrarse dentro de aquellas que llamamos de los contenidos implícitos de los derechos constitucionales conforme se explica. En su mayoría, la doctrina dominante se inclina por la teoría del contenido esencial como “parámetro” en el establecimiento de los contenidos de los derechos sociales⁹⁷⁶, debido a lo que Carbonell llama la capacidad legitimadora del poder legislativo en esas órdenes y funciones⁹⁷⁷. Ahora bien, también estamos convencidos con él, en la ayuda que pueda suministrar “la ciencia jurídica, pues en la medida que se avance en el plano teórico se podrá avanzar en el plano práctico⁹⁷⁸”. Justamente es lo que se pretende en este trabajo.

Para comprender mejor esta figura, es útil revisar el contexto de su nacimiento, siendo por demás interesante que probablemente exista alguna orientación -según Lothar- de un país no europeo; al afirmar que “puede haber sido

⁹⁷² Martínez, María Salvador. *Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales*, en: Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Editoriales, Estudios constitucionales y políticos, M. Á. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, p.201.

⁹⁷³ Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, nro.65, Madrid, 1997, p.63.

⁹⁷⁴ Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, p.78.

⁹⁷⁵ Heuko Guilherme, Ramon. *A efetividade e atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais*, en: Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano, Editora Alteridade, Curitiba, 2012, p.365.

⁹⁷⁶ Entre otros, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social*, Ed. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.31.

⁹⁷⁷ Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y...*, pp.77-78.

⁹⁷⁸ Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y...*, pp.77-78.

también influenciada por el límite a las limitaciones de los derechos fundamentales del artículo 28 de la Constitución argentina (1853)”. Huelga sin embargo aclarar, que este mismo autor niega –contradiendo a Stern- que ese artículo al que se refiere contenga en sí mismo una garantía del contenido esencial o que –como afirma Dreier- haya sido inspiración al artículo 19.2. Alemán⁹⁷⁹.

Reconocer también que la garantía del contenido esencial afloró en momentos en que se carecía de un control de constitucionalidad de leyes y que encuentra arraigo históricamente también con la República de Weimar; donde se gestaron importantes aportes de la ciencia jurídica (que abrieron cauces a la noción de una esencia intocable de los derechos fundamentales), aunque al mismo tiempo, resulte paradójico que la misma ley fundamental permitía a su vez un amplio espacio para una intervención legislativa ilimitada (que concluyeron con los abusos de las facultades presidenciales extraordinarias que acelerarían el ocaso del parlamentarismo y llevarían al poder al nacional-socialismo⁹⁸⁰). De esa forma, se tuvo que esperar propiamente el final de la guerra para su verdadero impulso/utilidad⁹⁸¹. Precisamente por el desconocimiento de los derechos básicos en Weimar, fueron las Constituciones de algunos Estados federados las que plasmaron esos primeros pasos en la consagración del contenido esencial de los derechos fundamentales hasta su regulación posterior en la propia Ley Fundamental en su artículo 19.2⁹⁸².

En concordancia con lo que se viene explicando, completa Lothar que el “precedente y modelo de garantía del contenido esencial del art.19.2. LFP puede

⁹⁷⁹ Löthar, Michael. *¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?*, Revista de Derecho Constitucional europeo, año 6, nro.11, ene-jun., 2009, p.166. Disponible http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/06_LOTHAR%20MICHAEL.pdf (febrero, 2015).

⁹⁸⁰ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Ed. Legis, 1ª ed., Caracas, 2010, p. 278.

⁹⁸¹ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales...*, p.279.

⁹⁸² *Ob. Cit.*, pp.280-281.

citarse el art.63.1 de la Constitución de Hessen (1946), de conformidad con el cual «el derecho fundamental en cuanto a tal» debe permanecer inalterado⁹⁸³».

Más adelante en presencia de la *Ley Fundamental de 1949*, se constata que su artículo 19.2. establece: “En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”; el cual es auspiciado desde luego de una rica contribución jurisprudencial (del Tribunal Administrativo Federal, del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Constitucional Federal⁹⁸⁴). En concreto, dicha teoría parte del supuesto que cada derecho fundamental tendría un núcleo esencial que no podría ser afectado por el legislador en forma alguna; es decir, que existan “los elementos mínimos que hacen al Derecho reconocible⁹⁸⁵”. Téngase presente además, que en el caso del ordenamiento jurídico alemán, el contenido esencial es una garantía institucional *más* de las que contempla la Ley fundamental⁹⁸⁶.

Para Balaguer Callejón: “El contenido esencial de los derechos puede considerarse como el núcleo de la articulación normativa entre Constitución, legislación y jurisdicción⁹⁸⁷.” Su atributo principal está dirigido para evitar los abusos del legislador (o al menos así entiende parte de la doctrina para el caso español⁹⁸⁸); si éste afectare de tal modo a determinado derecho que se “desnaturalice” por orden de tal restricción, allí estaría sujeto al control de la justicia constitucional quien deberá analizar en orden a los criterios de oportunidad política, si la actuación u omisión –en su caso- del órgano legislativo cumplió con los parámetros del juicio de proporcionalidad y ponderación (determinando *cuál* es

⁹⁸³ Löthar, Michael. *¿El contenido esencial...*, p.171

⁹⁸⁴ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales...*, p.281.

⁹⁸⁵ Obando Blanco, Víctor R. *El derecho a la tutela jurisdiccional, Serie Derechos y Garantías*, Nro.1, Palestra Editores, 2ª ed., Lima, 2002, p.112.

⁹⁸⁶ Cruz Villalón, Pedro. *Formación y evolución de los Derechos fundamentales*, Revista Española de derecho constitucional, año 9, núm.25, ene-abr., España, 1989, p.61.

⁹⁸⁷ Balaguer Callejón, Francisco. *Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Cedecs Ed., Estudios constitucionales y políticos, M. Á. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, p.96.

⁹⁸⁸ *Vid.*, Balaguer Callejón, Francisco. *Ob. Cit.*, p. p.96.

el contenido esencial de determinado derecho). Se dice entonces que su objetivo es hacer frente a la “debilidad” normativa de la Constitución⁹⁸⁹.

Asimismo, como derecho subjetivo que es todo derecho fundamental, está revestido de un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que cada constitución reconoce a sus titulares; que se entiende como contenido constitucionalmente protegido⁹⁹⁰. Lo interesante –y complejo– de esta figura, es que como advierte Cruz Villalón: “El contenido esencial hace surgir la idea de contenidos «no esenciales»⁹⁹¹”; lo que permite deducir que hay unas áreas de los contenidos de derechos que están más allá del núcleo o esencia⁹⁹². Conforme se viene diciendo, si hay un núcleo (intocable) que debe respetar el legislador para no desnaturalizar el derecho intervenido; y también hay otras áreas de ese derecho no protegido; quiere decir que su característica es variable y voluble en el tiempo (cambiante en razón de determinadas circunstancias); que como dice García Schwarz es “siempre móvil, histórica y abierta⁹⁹³”.

La influencia que esta teoría alemana trasladó al sistema constitucional español es notable⁹⁹⁴; de allí que para Cossio el contenido esencial constituiría el rasgo definidor de la fundamentabilidad de ese sistema⁹⁹⁵, tal como es corroborado por el resto de la doctrina y la jurisprudencia⁹⁹⁶ (pese que en este último caso,

⁹⁸⁹ Balaguer Callejón, Francisco. *Ob. Cit.*, p.107.

⁹⁹⁰ Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p.11.

⁹⁹¹ Cruz Villalón, Pedro. *Derechos fundamentales y legislación*, en: Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto, Univ. de Oviedo, Servicio de Publicaciones, España, 1993, p.417.

⁹⁹² Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa...*, pp.40-41.

⁹⁹³ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho, Miguel Ángel Porrúa Editor, México, 2011, p.102 (nota a pie de página).

⁹⁹⁴ Parejo Alfonso, Luciano. *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, Revista Española de Derecho Constitucional, nro.3, Madrid, 1981, p.170.

⁹⁹⁵ Cossio, José R. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.68.

⁹⁹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.31.

Cotino Hueso opine que la jurisprudencia acude a dicha categoría muy poco⁹⁹⁷). Puede decirse frente a cualquier objeción, que su éxito se debe no solo por la aceptación de la mayoría de la doctrina; sino principalmente por su recepción en diversas Constituciones como sigue.

Efectivamente, España, a diferencia de Venezuela, se une al grupo de países que consagra expresamente el contenido esencial en materia de derechos fundamentales en sus respectivas Cartas Políticas⁹⁹⁸: (i) *Constitución de Portugal -Art.18.3-*; (ii) *Constitución de Suiza -Art.36-*; (iii) *Constitución de Polonia -Art.30.3-*; (iv) *Constitución de Rumania -Art.49.2-*; (v) *Constitución de Eslovaquia -Art.13.4-*; (vi) *Carta de derechos fundamentales de la República Checa -Art.4.4-*, (vii) *Constitución de Hungría -Art.8.2-*, (viii) *Constitución de Turquía -Art.13-*; (ix) *Constitución de Albania -Art.17.2-*; (x) *Constitución de Estonia -Art.11.2-*, (xi) *Constitución de Kirguistán -Art.17.2-*; (xii) *Constitución de Moldavia -Art.54.2-*; (xiii) *Constitución Federal Argentina -Art.28-*; (xiv) *Ley Fundamental de Alemania -Art.19.2-*; y (xv) *España -art.53.1.-*].

A dicha lista, debe agregarse la Constitución de Chile *-Art.19-* según enseña un conocido autor de ese país⁹⁹⁹; cuya desarrollo doctrinal y jurisprudencial *-*al igual que muchos otros países- va en línea con la orientación española y alemana¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p.107.

⁹⁹⁸ Cfr., Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial de los derechos humanos*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, p.159 (en nota a pie de página).

⁹⁹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina jurídica, nro.156, UNAM, México, 2003, pág. 108. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1094/13.pdf>. (febrero, 2014).

¹⁰⁰⁰ Varas, Paulino y Mohor, Salvador. *Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la constitución política*, Revista de Derecho de la Universidad Valparaíso, XVIII, Chile, 1997, pp.157-166. Disponible: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/363/338> (marzo, 2015).

Adicionalmente, dicha figura aparece también recogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art.17.)¹⁰⁰¹; así como también, prevista en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (Art.5.1.)¹⁰⁰². Se trata pues de una figura de amplia aceptación y reconocimiento.

Aunque la teoría del contenido esencial (como garantía institucional) es una categoría germana “importada” a otros ordenamientos¹⁰⁰³; que nació entre el elenco de sus garantías institucionales; en el caso español, la categoría del contenido esencial al contrario, dejaría fuera del marco de protección del art.53.1 CE las respectivas garantías institucionales (a las cuales no aplica¹⁰⁰⁴). Lorenzo Rodríguez-Armas, explica que en este país, contenido esencial no es igual a garantía institucional¹⁰⁰⁵. En ese caso, la CE regula en el artículo 53.1.: “(...) Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a)”. Dicha Constitución tiene la peculiaridad –en palabras de Cruz Villalón-, que a diferencia de la Ley Fundamental Alemana, aquella recoge en una sola cláusula los dos elementos fundamentales: las posibilidades y los límites¹⁰⁰⁶; circunstancias desde las cuales explica Castillo:

¹⁰⁰¹ Vid., Löthar, Michael. *¿El contenido esencial como común denominador...*, p.167.

¹⁰⁰² Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial...*, p.157.

¹⁰⁰³ Martínez, María Salvador. *Sobre el contenido objetivo...*, p.212.

¹⁰⁰⁴ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo [et. al] De Otto y Pardo, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1. de la Constitución*, en: *Derechos fundamentales y constitución*, Ed. Civitas, 1ª ed., 1988, Madrid, p.99.

¹⁰⁰⁵ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. *El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional*, Anales de la facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, nro.13, España, 1996, p.50. Disponible:[http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/131996/03%20\(Magdalena%20Lorenzo%20Rodr%C3%ADguez-Armas\).pdf](http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/131996/03%20(Magdalena%20Lorenzo%20Rodr%C3%ADguez-Armas).pdf) (marzo, 2014)

¹⁰⁰⁶ Cruz Villalón, Pedro. *Derechos fundamentales y legislación*, en: *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto*, Univ. de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993, p.416.

“El constituyente alemán ha previsto la posibilidad que un derecho fundamental pueda ser ‘limitado’, ‘restringido’ por una ley de manera constitucional siempre que la referida ley se adecue a determinadas exigencias, entre ellas y según el artículo 19.2 LF, que la ley no afecte el ‘contenido esencial’ del derecho fundamental que limita, mientras que en el artículo 53.1 CE se habla de ‘regulación del ejercicio’ sin que se aluda a posibilidad de limitación alguna, como en el caso alemán. Esta diferencia supone que no se puede trasladar directa y plenamente la doctrina alemana para interpretar el caso español, pues ‘regular’ no significa ‘limitar’¹⁰⁰⁷”.

Ora, independientemente de sus diferencias; en el caso español “el contenido esencial se debe buscar principalmente *en la Constitución* y en las leyes orgánicas” a través del legislativo quien basado en un procedimiento de racionalidad política, es quien “propone el contenido esencial¹⁰⁰⁸”. Se trata –por así decirlo-, de un **contenido esencial implícito** de la Constitución porque al no estar en ella misma en forma expresa; *se reduce a lo el órgano deliberativo determina lo que es (su) contenido esencial respecto a determinado derecho fundamental*. La explicación es simple, el contenido esencial no está “enteramente predeterminado por la Constitución¹⁰⁰⁹”.

En el caso de Venezuela, si bien su texto constitucional no establece una previsión como la CE, la categoría del «contenido esencial» viene siendo promovida por la doctrina más autorizada como consta de varios estudios (Ayala Corao¹⁰¹⁰, Duque Corredor¹⁰¹¹, Rondón García¹⁰¹², Márquez Luzardo¹⁰¹³; Escudero

¹⁰⁰⁷ Castillo-Córdova, Luis. *Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales*, Facultad de derecho área departamental de derecho, Universidad de Piura, 2002, Perú, pp.7-8.

¹⁰⁰⁸ Pietro Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, p.164.

¹⁰⁰⁹ Casal, Jesús M. en *estudio preliminar*, en: Márquez Luzardo, Carmen. *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Fund. Konrad Adenauer, Caracas, 2014, p.18.

¹⁰¹⁰ Ayala Corao, Carlos M. *Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales*, en: Constitución & reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p.277.

¹⁰¹¹ Duque Corredor, Román. *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Ed. Homero, Caracas, 2014, p.189.

¹⁰¹² Rondón García, Andrea. *Propiedad privada y derechos fundamentales: Nuevamente el caso Promociones Terra Cardón, C.A. Sentencia de la Sala Político Administrativo*, en: Temas de Derecho

León¹⁰¹⁴; Casal Hernández¹⁰¹⁵; Álvarez¹⁰¹⁶; Chavero Gazdiek¹⁰¹⁷; García Soto¹⁰¹⁸; Villavicencio¹⁰¹⁹; Hernández G.¹⁰²⁰; Hernández Mendible¹⁰²¹; Linares Benzo¹⁰²²).

Asimismo, ha sido receptado a nivel jurisprudencial por su más alto tribunal; tanto en tiempos de la anterior Constitución¹⁰²³ (1961), como después de estar vigente el nuevo texto constitucional¹⁰²⁴ (1999).

Constitucional y Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Funeda, Caracas, 2010, pp.194 y ss.

¹⁰¹³ Márquez Luzardo, Carmen M. *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Fund. Konrad Adenauer, Caracas, 2014, pp.60 y ss.

¹⁰¹⁴ Escudero León, Margarita. *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder público*, Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajo de grado, nro.1, 1ª ed., Caracas, 2005, p.94 y p.105.

¹⁰¹⁵ Casal Hernández, Jesús María. *Los derechos fundamentales...*, p.287.

¹⁰¹⁶ Álvarez, Julio C. *Restricciones de los derechos fundamentales*, Vadell hermanos, Valencia-Caracas, Venezuela, 2010, p.69.

¹⁰¹⁷ Chavero Gazdiek, Rafael. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela*, Ed. Sherwood, Caracas, 2001, p.174.

¹⁰¹⁸ Memoria para optar al grado de doctor presentada por García Soto, Carlos. *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela* (tesis doctoral). Director Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de derecho departamento de Derecho Administrativo. Madrid, 2015, p.212. Disponible: <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf> (enero, 2016).

¹⁰¹⁹ Villavicencio, Vicente. *Algunos lineamientos de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, en: Revista Derecho y sociedad, Universidad Monteávila, Año 2, abril, Caracas, 2001, p.276.

¹⁰²⁰ Hernández, José I. *Estado social y libertad de empresa en Venezuela: consecuencias prácticas de un debate teórico*, Revista Electrónica, Universidad Monteávila, Caracas, s.f., p.10. Disponible: https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf (enero, 2016)

¹⁰²¹ Hernández Mendible, Víctor R. *Los derechos constitucionales procesales*, en: El contencioso Administrativo y los procesos constitucionales, A. Brewer Carías y V. Hernández M. (Dirs.), Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp.93-114.

¹⁰²² Linares Benzo, Gustavo. *Actos normativos inconstitucionales por contrarios a los derechos fundamentales*, en: Constitución & reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, pp.211 y ss.

¹⁰²³ **Corte Suprema de Justicia (CSJ)**, Sala Político Administrativa, caso Tiuna Tours, C.A., 19 de junio de 1997 (antigua Corte Suprema de Justicia), ampliamente reseñada por Rondón García, Andrea. *Propiedad privada y derechos fundamentales...*, pp.194 y ss.

Debe reconocerse también, la utilidad que tendría la jurisprudencia precisamente en la determinación del contenido esencial; a pesar de que al principio pueda creerse que sea una teoría dirigida al legislador solamente. Entonces, a pesar de estar razonado el sistema para que el propio legislador “distinga” el contenido esencial de derechos fundamentales; no es el único cuando la justicia constitucional también pueda distinguirlo¹⁰²⁵. Las consideraciones que anteceden, son suficientes para afirmar el éxito de la transmisión de la teoría alemana en términos de proyección¹⁰²⁶; y aunque estamos en favor de la tesis, esa influencia contrasta con algunas áreas problemáticas como sigue.

4.1. El contenido esencial frente a la regresividad (de los derechos sociales). De Hesse hasta nuestros días.

La teoría formulada por el jurista Konrad Hesse (1978) sobre la irreversibilidad de los derechos sociales generó –en su momento- toda una expectación acerca de su alcance. Si bien partía de la tesis primaria “de irreversibilidad absoluta de los derechos”; se considera que “este mismo autor alemán la matizó posteriormente, a resultas de la crítica mayoritaria de la doctrina de su país¹⁰²⁷”. En cualquier caso, constituye un avance importante en lo que será luego la construcción normativa correspondiente. Se pasó entonces de una teoría absoluta (de irreversibilidad) a la aceptación de las restricciones basada en ciertos controles¹⁰²⁸.

¹⁰²⁴ **Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)**. Sala Constitucional nro.1264/2002, del 11 de junio. *Vid.*, Casal Hernández, Jesús María. *Los derechos fundamentales...*, p.319 y p.321.

¹⁰²⁵ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Argentina, 2005, p.62.

¹⁰²⁶ Casal Hernández, Jesús María. *Los derechos fundamentales...*, p.287.

¹⁰²⁷ Ponce Solé, Juli. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, p.26. Disponible: <file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-ElDerechoYLaIrReversibilidadLimitadaDeLosDerechosS-578436.pdf> (febrero, 2015).

¹⁰²⁸ Para mayor ampliación, léase en este aspecto Cancio Fernández, Raúl C., Utrera García, Juan C., [et. al]. *La irreversibilidad de las conquistas sociales de Konrad Hesse al legacentrismo neopositivista*

Parece premisa aceptada que partiendo de las contribuciones del derecho internacional (principio pro homine, progresividad e irreversibilidad de los derechos sociales), puedan generarse mejores garantías. Es así como se debe la creación primaria del llamado «principio de no regresividad» previsto en el ámbito de Naciones Unidas, específicamente del órgano encargado de la supervisión y cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales (o Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales)¹⁰²⁹.

Es especialmente importante en esta temática entender que la «obligación de no regresividad» viene siendo asociada en conjunto con la «obligación de progresividad» según opina la doctrina consolidada (Carbonell¹⁰³⁰; Sepúlveda¹⁰³¹; Pisarello¹⁰³²); aunque para otros, es la obligación de progresividad la que hace derivar la *correlativa* prohibición de regresividad (Abramovich y Courtis¹⁰³³). Esta última afirmación en conteste con la posición de la propia Comisión Interamericana de Derechos humanos en ese aspecto¹⁰³⁴. En cualquier caso, precisamos alguna relación con el «contenido esencial» –e incluso mínimo¹⁰³⁵– con

del nuevo milenio (o cómo la crisis económica ha venido con una Reine Rechtslehre bajo el brazo), en: Legalidad y legitimidad en el Estado contemporáneo. J. Gómez (Ed.), Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp.207-218.

¹⁰²⁹ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El Derecho, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2011, p.86.

¹⁰³⁰ Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Ad-hoc, 1ª ed., 2013, pp.92-94.

¹⁰³¹ *Cit.* en Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, Madrid, 2007, p.66.

¹⁰³² Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales...*, p.66.

¹⁰³³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Ed. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.57

¹⁰³⁴ CIDH, informe número 132/09. Petición 644-05, inadmisibilidad. Contribución a la seguridad social de funcionarios públicos, jubilados y pensionistas. *Vid.*, Aguilar Cavallo, Gonzalo. *¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones?*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, p.221.

¹⁰³⁵ *Vid.*, Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales...*, p.66.

el principio de la no regresividad, en tanto y en cuanto atiende unos límites interiores (mínimos) de cada derecho. Con estos avances puede sostenerse que el derecho internacional de derechos humanos ha dado pasos significativos de su operatividad en distintas dimensiones¹⁰³⁶; lo que en palabras de Casal se evidencia por “el afinamiento de los conceptos normativos que permiten controlar la actuación de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰³⁷”.

Luego que ese postulado actuaba en forma de directriz –como carta de buenas intenciones-, pasó a regularse a nivel constitucional bajo el llamado «principio de irreversibilidad» en *la Ley Fundamental de Bonn (1949)*. Tal recepción, enseña García Schwarz, viene “como corolario de la fuerza normativa de la constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos, y se extendió hacia diversos ordenamientos jurídicos, como el portugués, el español, el colombiano, el brasilero y el francés¹⁰³⁸”. Pero no obstante de la contribución de este principio, es igualmente reconocido que siempre es posible cualquier regresión; siempre que pueda justificarse¹⁰³⁹. Es decir, pasa por “demostrar” la necesidad de determinada medida regresiva en derechos sociales, so pena de violar el Pacto correspondiente¹⁰⁴⁰. Por consiguiente: “La idea de no-regresividad no retira al Estado la posibilidad de promover ciertas reformas en el ámbito de sus políticas sociales, prima facie regresivas, por ejemplo, para (re)asignar los recursos necesarios a la inclusión social de determinados grupos en situación de mayor vulnerabilidad”. En suma, “los poderes públicos tienen que

¹⁰³⁶ Casal Hernández, Jesús M. *La protección internacional y constitucional de los derechos sociales*, Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p.9.

¹⁰³⁷ Casal Hernández, Jesús M. *La protección internacional...*, p. 28.

¹⁰³⁸ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales...*, pp.86-87.

¹⁰³⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, núm. 2, Chile, 2009, p.144.

¹⁰⁴⁰ Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo...*, pp.93-94.

demostrar siempre a la ciudadanía que las alteraciones que pretendan promover redundan, al final, en una mayor protección de derechos sociales¹⁰⁴¹”.

Desde esa óptica, no toda reversibilidad en el campo de los derechos debe ser valorada negativamente según el planteo de Pisarello y De Cabo, para quienes “una aplicación rígida del carácter reactivo de las normas constitucionales de contenido social supondría desconocer aquellas situaciones en la que la reversibilidad de los derechos y políticas prestacionales constituye una condición indispensable de la garantía del contenido esencial de los mismos en relación al mayor número posible de ciudadanos¹⁰⁴²”. En el sentido de tal hipótesis, determinada regresión sobre ciertos rubros de derechos sociales, podría valorarse significativamente, si en ese proceso, -parafraseando a los autores- “se constituye condición indispensable de la garantía del contenido esencial” de los mismos derechos donde se aplica determinada regresividad; si ello a su vez consigue garantizar (mejor) el “núcleo” mínimo de tales derechos para un mayor número de ciudadanos. Sería una solución menos riesgosa que asumir una regresión por regresión sin cuidar tal esfera.

De modo que, al determinar el contenido esencial, inmediatamente se activa otro principio derivado de la prohibición de regresión; más específicamente de justificar cualquier regresión o limitación. Ahora bien, fuera de tal predicamento de regresión de unos tipos o cantidades de derechos para a su vez, beneficiar específicamente a determinado grupo o renglón más vulnerables en determinadas circunstancias (imaginémonos las reducciones de ciertas prestaciones generales en beneficio de otras puntuales); se consiguen otras que son auténticas regresiones o limitaciones, que pueden caer en la esfera de lo “indecidible”. Así por ejemplo, Tenorio se queja de la posición del TC español en cuanto a la aceptación de

¹⁰⁴¹ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos...*, p.86.

¹⁰⁴² Pisarello, Gerardo y De Cabo, Antonio. *¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces y ciudadanos*, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Cedecs Editorial, Estudios constitucionales y políticos, M. Á. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, p.231.

reversibilidad la mayoría de los derechos sociales¹⁰⁴³; y en el caso venezolano, en opinión de Casal, igualmente existe un criterio restrictivo de su justicia constitucional respecto a las evidentes conductas omisivas de los entes públicos y ciertas regresiones que son inaceptables¹⁰⁴⁴ (posición constada por el ente nacional más importante en las denuncias en contra la violación de derechos humanos¹⁰⁴⁵).

Entramos a un punto bien complicado. Algo de esto ya lo viene delatando Villaspín Oña desde algún tiempo, cuando dedicando una análisis a ciertas regresiones en materia de derechos sociales, si primero admite que “todo ataque flagrante a su contenido esencial debería entrar en los supuestos de inconstitucionalidad”; después dice, “que no queda claro, sin embargo, es la debatida cuestión de la irreversibilidad de las ventajas sociales alcanzadas frente a las modificaciones regresivas¹⁰⁴⁶”. Se trata entonces de un tema nada fácil, como menos complejo –o “debatida” en el sentido del autor citado-. En virtud de estas cosas, por ejemplo es posible entender ahora la idea de Böckenförde, respecto que un derecho prestacional “se muestra relativamente irreversible”; pues ese relativismo se sostiene únicamente “frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera¹⁰⁴⁷”.

Entonces, por mucho que se desee la irreversibilidad de los derechos sociales, la práctica constitucional dice otra cosa, pues convence García Herrera al

¹⁰⁴³ Tenorio, Pedro. *El Tribunal Constitucional, la cláusula Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno*, cap. 12, en: *Derechos sociales y principios rectores*, Actas del IX congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (celebrado en Santa Cruz de Tenerife, enero 2011), J. L. Cascajo Castro, M. Terol Becerra, A. Domínguez Vila, V. Navarro Marchante (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp.272-273.

¹⁰⁴⁴ Casal Hernández, Jesús M. *La protección internacional y constitucional de los derechos sociales*, Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p.21.

¹⁰⁴⁵ Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos. Disponible: <http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/cp220404.pdf> (marzo 2015).

¹⁰⁴⁶ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de bienestar y Constitución*, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.1, sept-dic., España, 1988, p.135.

¹⁰⁴⁷ Prieto Sanchís, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, *Revista de Centro de estudios constitucionales*, núm.22, sept-dic., España, 1995, p.47.

suponer que “el curso de los acontecimientos confirma que se impone la propuesta reductora del acceso y contenido de las prestaciones en aras de unas exigencias financieras que están condicionadas por datos económicos más próximos a la primacía del mercado que a la realización del modelo del Estado Social¹⁰⁴⁸”.

Revisados algunos de los distintos bemoles que se consiguen sobre las antinomias reales entre el principio de irreversibilidad frente a la admisión de regresiones, queda por hacer un ejercicio especulativo de cómo se desarrollaría tal “tensión” en el seno del derecho a la educación en su vertiente prestacional. Aquí, la respuesta la conseguimos inmediatamente con Ojeda Marín, quien preocupado de la (posible) reversibilidad en el plano del derecho a la educación desde la perspectiva española, admite que le resulta “familiar”. Para ello, se pregunta, *¿hasta qué punto puede reducirse ese derecho?* Porque si bien reconoce que en el punto de partida habría bases sólidas respecto de es imposible retroceder la gratuidad (lo cual solo sería posible reformando la Constitución, señala); no obstante advierte enseguida¹⁰⁴⁹:

“No nos engañemos. No alimentemos falsas esperanzas. Los poderes públicos pueden respetar el derecho a la gratuidad al tiempo que lo recortan sustancialmente. Bastaría con atribuir a la expresión «enseñanza básica» un alcance más restringido del que ahora tiene. El legislador puede reducir el periodo obligatorio de instrucción desde los 16 años establecido en la actualidad hasta los 15 o 14 años¹⁰⁵⁰”.

La situación se torna más dramática en el caso de Venezuela, si se toma por cierto la posición que sostienen las investigadoras Ávila Hernández y Martínez de Correa, en el sentido de denunciar la afectación directa del derecho a la educación gratuita (no por el cobro de matrícula o mensualidades); sino peor: *por su falta de*

¹⁰⁴⁸ García Herrera, Miguel A., *Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española*, Revista de Derecho Político, núms. 58-59, España, 2003-2004, p.294.

¹⁰⁴⁹ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica*. Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.118.

¹⁰⁵⁰ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social...*, p.119.

*prestación para todos*¹⁰⁵¹. Es decir, esto parece un caso no de reversibilidad (regresión); sino de una auténtica violación directa en cuando a su prestación.

Tales ejemplos acreditan una problemática nada fácil de responder; en la medida que confirma una preocupación sobre el manejo de un tema tan complejo como la posible afectación del derecho a la educación en su vertiente prestacional so pretexto de reversibilidad. Alguna respuesta a esta cuestión puede encontrarse con Ponce Solé, quien al asumir la educación como servicio público, dice, estaría protegido en contra de determinadas “medidas regresivas que supongan la revocación de prestaciones sociales vinculadas a servicios públicos que hacen efectivos derechos sociales pueden toparse con líneas rojas constitucionales, en el sentido de que el legislador no puede suprimir servicios públicos constitucionalmente garantizados¹⁰⁵²”. Insistimos, que si leemos a Ojeda Marín atrás, sabemos que todo eso es “relativo”

En conclusión, otra vez se llega al problema de establecer, **hasta donde tal limitación (interna) o regresión está o no autorizada por cada Constitución**, allí donde convergen las distintas teorías y elementos que intentan hacerlo practicable (reserva de ley, de no regresividad; del contenido esencial o del mínimo vital). Acredita entonces la relación que subyace en la forma de determinar tales límites internos; es decir, que el «contenido esencial» y la «prohibición de regresión» (o su justificante) son dos categorías que van aparejadas¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ Ávila Hernández, Morella y Martínez de Correa, Luz. *Reflexión sociojurídica sobre los derechos fundamentales prestacionales en Venezuela. Caso: Los derechos educativos*, Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, 2001, Vol. VII, núm.1, ene-jul., p.124.

¹⁰⁵² Ponce Solé. Juli. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, p.47.

¹⁰⁵³ Nogueira Alcalá, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, núm. 2, Chile, 2009, p.146.

4.2. De algunas objeciones al contenido esencial desde la doctrina.

Aunque no es dable comenzar un capítulo con una interrogante, la cuestión acá lo hace menester por la pertinencia, acerca de si, ¿se ha dado un debate real sobre la trascendencia del contenido esencial; aparte de su enorme “utilidad” pero también frente a sus distintos “problemas”?

En ese punto, es llamativo por ejemplo, como en el caso de España, Lorenzo Rodríguez-Armas opina que salvo el caso de su Tribunal Constitucional, ni la ley, ni la doctrina constitucional de ese país se han dedicado en profundidad a concretar este tema del contencional¹⁰⁵⁴, sosteniendo en cambio que la doctrina alemana se ha dedicado en tratar de determinarlo¹⁰⁵⁵. Por su parte, en Venezuela, también Casal Hernández¹⁰⁵⁶ se queja de la falta de trabajos monográficos acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales. Cualquiera de las posiciones, acá prodigamos elementos para este debate que juzgamos necesario.

Nadie puede dudar hoy día de la enorme utilidad que tiene la doctrina (consolidada) del contenido esencial de los derechos fundamentales. Ello sin embargo, no resta oportunidad al mismo tiempo de revisar a fondo una serie de problemas que han sido identificados por la práctica constitucional junto a cierta parte de la teoría. Así que a la par de muchos doctrinarios en favor de tal tesis; también los hay, quienes se quejan de algunas falencias de la misma.

Sin restarle importancia a esta teoría “germana”; debe tenerse en cuenta la posición de Prieto Sanchís, sobre “qué sea o cómo haya de entenderse dicho

¹⁰⁵⁴ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. *El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional*, Anales de la Facultad de Derecho, Nro.13, Universidad de La Laguna, España, 1996, p.42.

¹⁰⁵⁵ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. *El problema del contenido esencial...*, p.42.

¹⁰⁵⁶ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Ed. Legis, 1ª ed., Caracas, 2010, p.282.

contenido [esencial] es cuestión muy controvertida y, en líneas generales, los debates producidos en Alemania han tenido reflejo en España¹⁰⁵⁷”.

En hilo con tal asunto, Jiménez Campo es categórico al afirmar que: “La exigencia constitucional de respeto al contenido esencial de los derechos encierra, como es conocido, una vastedad de problemas...¹⁰⁵⁸”. Quiere decir, que estamos en terreno de la discusión y donde todavía nada está cerrado, a pesar de estar en presencia de una teoría que luce *dominante*.

Algunos de los ejes problemáticos se concentran: (i) la existencia en el interior de esta tesis, -a su vez- de distintas teorías que con distintos enfoques intentan explicar la “teoría” (o método) del contenido esencial; (ii) la indeterminación -como lenguaje contextual- para la fijación de los límites internos (en razón de ambigüedad); (iii) el ámbito de aplicación (¿para quién está diseñado: para *el legislador o para el resto de poderes públicos?*); y por último –sin que agote la lista-; (iv) la cuestión de que el núcleo protegido deja sin resguardo lo accesorio de cada derecho. No es misión nuestra hacer una exhaustividad de cada ítem, pero si destacar que en forma conjunta suponen algunos de los aspectos más acuciantes de un debate que sigue pendiente. Ora, para cumplir con los objetivos trazados, dedicaremos algunas reflexiones sobre los puntos (i) y (ii).

Sobre el primero de estos asuntos, para explicar cómo ha de determinarse el contenido esencial, son distintas las opiniones en torno a las teorías más relevantes; que de distinto signo agrupan esas visiones (que con nombres distintos, pueden estar designando lo mismo). A fines ilustrativos, por citar algunas de estas denominaciones, cursan diversos planteos: Pérez Luño¹⁰⁵⁹ (*teoría positivista*;

¹⁰⁵⁷ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed., 2009, p.231.

¹⁰⁵⁸ Jiménez Campo, Javier. *El legislador de los derechos fundamentales*, en: Estudios de derecho público homenaje a Ignacio De Otto, Oviedo, año 1993, p.504.

¹⁰⁵⁹ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, pp.317-318.

teoría de los valores y teoría institucional); Gil Domínguez¹⁰⁶⁰ (teoría espacial absoluta y teoría espacial relativa); Casal Hernández¹⁰⁶¹ (teorías objetivo-abstractas y subjetivo-individuales; teorías absolutas y relativas); Medina Guerrero¹⁰⁶² (teoría absoluta y teoría relativa); Bernal Pulido¹⁰⁶³ (teoría espacial-absoluta; teoría mixta y teoría temporal absoluta); López Sánchez¹⁰⁶⁴ (teoría interna y teoría externa), Martín Huertas¹⁰⁶⁵ (teoría absoluta y teoría relativa según Alexy; teoría absoluta relativizable y teoría institucional según Häberle), junto a otros más que más o menos apuntan a esa dirección.

La disparidad de tales teorías ha dado lugar también a sendas críticas (Durán Rivera¹⁰⁶⁶); así como el caso de Sánchez Gil para quien la existencia de la teoría absoluta y de la teoría relativa constituyen en sí misma un “problema” de determinar el núcleo básico de los derechos fundamentales por vía jurisdiccional¹⁰⁶⁷; e igualmente Casal Hernández, al sostener que esa disparidad de visiones desde las cuales es explicada la garantía del contenido esencial, junto a otros obstáculos conceptuales, en su criterio, son las principales razones de la

¹⁰⁶⁰ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Argentina, 2005, pp.61-62.

¹⁰⁶¹ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales...*, pp.291-305.

¹⁰⁶² Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp.146-147.

¹⁰⁶³ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2005, pp.422-437.

¹⁰⁶⁴ López Sánchez Gil, Rogelio. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Un instrumento para asignar contenido esencial a los Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Universidad Autónoma de León (tesis doctoral), p.186. Disponible: <http://eprints.uanl.mx/3947/1/1080253612.pdf> (sept, 2015).

¹⁰⁶⁵ Martín Huertas, María A. *El contenido esencial de los derechos fundamentales*, en Revista de las Cortes Generales N° 75, Congreso de los Diputados, España, 2008, pp.134-140.

¹⁰⁶⁶ Durán Rivera, Willman R. *Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, p.289. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr15.pdf> (noviembre, 2014).

¹⁰⁶⁷ Sanchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2007, p.112. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/12.pdf> (marzo, 2014).

cautela que ha tenido la jurisprudencia para aproximarse a dicha noción¹⁰⁶⁸. Serían entonces bien fundadas las objeciones que se formulan en contra de estas teorías que explican la garantía del contenido esencial¹⁰⁶⁹.

En virtud de lo expuesto, resultan pertinentes los aportes que leemos con Martínez-Pujalte:

“Pero el problema central que se ha detectado radica en que, si seguimos las orientaciones de la doctrina dominante –ya sean las teorías relativas o las absolutas-, el límite a la actividad legislativa expresada en la garantía del contenido esencial se convierte en un cauce para relativizar la protección de los derechos fundamentales, cuando parece que debiera suceder justamente lo contrario¹⁰⁷⁰”.

Ora, es con relación al segundo aspecto en donde se prodigan las mayores críticas en virtud de la indeterminación del contenido esencial, por virtud de lo cual, se consiguen varias opiniones que advierten tal situación: Es un hecho generalmente aceptado, indica Parra Cortés que: “El tema del contenido esencial es una fuente permanente de interrogantes¹⁰⁷¹”. Si en la propia Alemania en donde se gestó tal garantía se mostraron las dificultades propias de la categoría del contenido esencial¹⁰⁷²; parece lógico que pueda exportarse tales dificultades a otros ordenamientos; es decir, que pueden observarse también algunos de estos (mismos o parecidos) problemas en aquellos ordenamientos que le siguen por haberlo “receptado”.

Entre estos inconvenientes, una voz tan autorizada como Louis Favoreu [*Droit Constitutionnel*, 2^a ed., edition Dalloz, Paris, 1999, p.806], refiriéndose expresamente sobre tal situación en Alemania y España, argumentaba que el

¹⁰⁶⁸ Casal Hernández, Jesús María. *Los derechos fundamentales...*, p.290.

¹⁰⁶⁹ Casal Hernández, *Ob. Cit.*, p.291.

¹⁰⁷⁰ Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, nro.65, Madrid, 1997, p.37.

¹⁰⁷¹ Parra Cortés, Lina V. *Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo. El caso del derecho al trabajo*, Ecuador, 2010, p.59. Disponible: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2499/1/T0963-MDE-Parra-Contenido%20m%C3%ADnimo.pdf> (marzo, 2015).

¹⁰⁷² Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador...*, p.157.

concepto de contenido esencial en esos países *es de difícil determinación*¹⁰⁷³, aspecto que viene seguido de una serie de opiniones en el mismo destino. Según se aprecia, el resultado de todas estas opiniones sugiere la idea que se está en presencia de una temática difícil; o si se prefiere, una tarea harto compleja; como dice Lothar: “Cada referencia que se haga al contenido esencial se expone –siguiendo a T.W. Adorno- a la crítica de una jerga de esencialidad¹⁰⁷⁴”.

Los mayores inconvenientes que surgen del proceso de “descubrimiento” del contenido esencial (primero para que sea límite al legislador y luego para que la justicia constitucional analice si se cumplieron con los estándares constitucionales mínimos); como afirma López Alarcón, es que “la Constitución no es lo suficientemente explícita para que se baste para definir el contenido esencial¹⁰⁷⁵”; razón por la cual encuentra “serias dificultades de precisar el contenido esencial¹⁰⁷⁶”; sobre todo “de apreciar en dónde hay una limitación que configure el contenido de un derecho fundamental¹⁰⁷⁷”. Así las cosas, como la propia Constitución en sí misma no regula expresamente la forma de establecer tales contenidos esenciales; en cambio, ha correspondido a la ciencia jurídica junto a la jurisprudencia “resolver” ese tema.

En el caso de España, Lorenzo Rodríguez-Armas enfatiza que el Tribunal Constitucional se ha hecho cargo de atender tal “problemática” (que nace de la

¹⁰⁷³ Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Fund. de cultura universitaria, 2ª ed., Montevideo, Uruguay, 2011, p.66.

¹⁰⁷⁴ Lothar, Michael. *¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?*, Revista de Derecho Constitucional europeo (REDCE), año 6, nro.11, ene-jun., 2009, p.178.

¹⁰⁷⁵ López Alarcón, Mariano. *Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa*, Anales del derecho, Universidad de Murcia, nro.15, España, 1997, p.28. Disponible: [file:///C:/Users/VISTA/Downloads/81411-334311-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/VISTA/Downloads/81411-334311-1-PB%20(1).pdf) (marzo, 2105)

¹⁰⁷⁶ López Alarcón, *Ob. Cit.*, p.26.

¹⁰⁷⁷ López Alarcón, *Ob. Cit.* p.29.

indeterminación del contenido esencial¹⁰⁷⁸; situación homologada en Alemania como se sigue).

Parejo, a propósito de analizar positivamente el contenido esencial (y comentar la que en su momento fue sentencia líder del TCE); observa que también el Tribunal Constitucional Federal era consciente de la “dificultad” que entrañaba la depuración de la técnica del contenido esencial (respecto a cuál era el contenido esencial y cuál debía ser el método¹⁰⁷⁹); pero en todo caso elogia su utilidad razonando que no puede empañarse por las distintas críticas de la doctrina¹⁰⁸⁰. Esta afirmación última lleva a colegir que este autor conoce muy bien de la existencia de diversas críticas; o por lo menos, objeciones a tal teoría.

Entre las que más destacan, el contenido esencial puede tornarse “problemático y complejo¹⁰⁸¹” (Medina Guerrero). Por los mismos motivos, Figueroa Gutarra¹⁰⁸² defiende las críticas que se exponen con Castillo Córdova¹⁰⁸³ al calificar el contenido esencial como una «expresión confusa o equívoca». En idénticos términos (Risso Ferrand¹⁰⁸⁴, Indacochea Prevost¹⁰⁸⁵ y Rondón

¹⁰⁷⁸ Rodríguez Calero, Juan Manuel. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español*, Revista Frónesis, vol. 9, núm. 1, Venezuela, 2002, p.32, Disponible:<http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/fronesis/article/viewFile/16469/16442> (enero, 2015).

¹⁰⁷⁹ Parejo Alfonso, Luciano. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, Revista Española de derecho constitucional, vol. 1, nro.3, sept-dic. 1981, p.171. Disponible: [file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-ElContenidoEsencialDeLosDerechosFundamentalesEnLaJ-249648%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-ElContenidoEsencialDeLosDerechosFundamentalesEnLaJ-249648%20(1).pdf) (febrero, 2014).

¹⁰⁸⁰ Parejo Alfonso, *Ob. Cit.*, p.171.

¹⁰⁸¹ Medina Guerrero. *La vinculación negativa...*, p.15.

¹⁰⁸² Figueroa Gutarra, Edwin. *¿Límites a la justicia constitucional?*, Perú, 2011. Disponible: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/%C2%BFlimites-a-la-justicia-constitucional/> (enero 2014).

¹⁰⁸³ Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al código procesal constitucional*, tomo I, Título preliminar y disposiciones generales, 2ª ed., Ed. Palestra, Perú, 2006, p.221.

¹⁰⁸⁴ Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas...*p.69.

¹⁰⁸⁵ Indacochea Prevost, Úrsula. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC*, Gaceta Constitucional, nro.8, agosto, Lima, 2008, p.58.

García¹⁰⁸⁶), resaltando el primero al calificarlo como una noción nada clara, un “concepto confuso y problemático¹⁰⁸⁷. Igualmente, se admite que el contenido esencial se presenta como un *concepto de difícil determinación* (Pérez Luño¹⁰⁸⁸); que su delimitación no es una tarea sencilla se repite por varios (Martínez¹⁰⁸⁹; Lorenzo Rodríguez-Armas¹⁰⁹⁰ y Balaguer Callejón¹⁰⁹¹); que es un concepto inseguro y variable (Nogueira Alcalá¹⁰⁹²); e igualmente que tal indeterminación plantea para el legislador un escollo que ha tenido que “resolver” la jurisprudencia (Villavicencio¹⁰⁹³). Así, vistas las cosas, Ojeda Marín parece tener razón cuando afirma que “la determinación del contenido esencial es tarea harto dificultosa¹⁰⁹⁴”.

Pero aparte de los problemas derivados a su indeterminación de tal vocablo, se suman otro tipo de objeciones, como las que se explican con relación a su aplicabilidad en cuanto a la iusfundamentabilidad. Desde esa perspectiva y

¹⁰⁸⁶ Rondón García, Andrea. *Propiedad privada y derechos fundamentales. Nuevamente el caso de promociones Terra Cardón C.A. sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*. En: Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Funeda, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Caracas, 2010, p.205-206.

¹⁰⁸⁷ Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas...*, p.76.

¹⁰⁸⁸ Tal aserto se puede verificar en dos de sus distintas obras: (i) Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Temas clave de la Constitución española, Ed. Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2004, p.29; (ii) Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.318.

¹⁰⁸⁹ Martínez, María S. *Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales*, en: Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Ed., Estudios constitucionales y políticos, M. A. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, p.215.

¹⁰⁹⁰ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. *El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional*, Anales de la Facultad de Derecho, nro.13, Universidad de La Laguna, 1996, España, p.45.

¹⁰⁹¹ Balaguer Callejón, Francisco. *Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, en Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Editorial, Estudios constitucionales y políticos, M. Á. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, p.112.

¹⁰⁹² *Cit.* por Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas...*, p.70.

¹⁰⁹³ Villavicencio, Vicente. *Algunos lineamientos de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, en: Revista Derecho y sociedad, Universidad Monteávila, Año 2, abril, Caracas, 2001, p.276.

¹⁰⁹⁴ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica*, Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.118.

referidos al derecho español, dicha tesis dejaría por fuera a un importante número de otros derechos no calificados como fundamentales (De Otto y Pardo¹⁰⁹⁵); ya que en el mismo sentido, se ha defendido que *también aquellos otros derechos no fundamentales* tendrían igualmente un «contenido efectivo mínimo» (Díez-Picazo¹⁰⁹⁶).

En Castillo: “Los problemas y eventuales desacuerdos se presentan justamente al momento de determinar lo que se entiende o lo que debe entenderse por «contenido esencial» del derecho, y el grado de «vinculación» del Poder público a ese contenido¹⁰⁹⁷”; cuestión que en forma lineal sigue el profesor argentino Gil Domínguez cuando sostiene en ese tema: “El problema radica en poder establecer cuáles son las propiedades que distinguen a este núcleo del derecho de aquel que no lo es, y trazar una frontera entre uno y otro¹⁰⁹⁸”.

Frente a tales inconvenientes, precisa Figueroa Gutarra:

“(…) la insuficiencia de la propuesta de los ámbitos determinados respecto a los contenidos de un derecho fundamental, generó dificultades de praxis para la ubicación, determinación y extensión de esos ámbitos. Ciertamente la noción del contenido esencial podía ser un concepto más determinable y sin embargo, la doctrina impuso un cambio conceptual más definido a efectos de una mejor configuración de la afectación del contenido esencial. Es de ese modo que surge la tesis del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, a efectos de proyectar solo 2 ámbitos respecto a un derecho fundamental: el de su contenido constitucionalmente protegido propiamente dicho y aquello que no lo es¹⁰⁹⁹”.

¹⁰⁹⁵ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo [y] De Otto y Pardo, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución*, Ed. Civitas, 1988, p.77.

¹⁰⁹⁶ Díez-Picazo, Luis María. *La idea de derechos fundamentales en la constitución española*, en: *Constitución y constitucionalismo hoy*, Cincuentenario del derecho constitucional comparado de M. García Pelayo, Caracas, 2000, p.400.

¹⁰⁹⁷ Castillo-Córdova, Luis. *Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales*, Facultad de derecho área departamental de derecho, Universidad de Piura, Perú, 2002, p.6.

¹⁰⁹⁸ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Argentina, 2005, p.61.

¹⁰⁹⁹ Figueroa Gutarra, Edwin. *Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación*, en: *Gaceta Constitucional No. 78*, junio, Perú, 2014, p.28.

Es decir, la doctrina ha sido consciente de los vacíos que implican la aplicación de la teoría del contenido esencial, debiéndose acompañar de más refuerzos argumentativos. Ahora bien, si después de lo que se ha expuesto hasta ahora, aún todavía alguien dudara que se está en presencia de una *categoría problemática*; debería analizarse si de verdad estamos (como se quiere hacer ver), en presencia de un auténtico límite a los poderes públicos (aunque principalmente al legislador) o si se trata de una categoría directiva, entonces, “imprecisa” por lo maleable. A esta última conclusión, parece arribarse cuando el mismo Häberle, a quien se debe bastante la profusión de tal teoría, hace mención a que **tal figura tiene meramente un valor simbólico**. Dicho autor además, reconoce que *solo* es una “advertencia” pero no una auténtica “barrera¹¹⁰⁰” al legislador. Es quizás por este aspecto, que Fernández Segado uno de los más importantes comentaristas a la obra suya, es consciente de las numerosas objeciones al instituto del contenido esencial tratado por Häberle¹¹⁰¹.

No quedan allí los puntos a discutir. Operan otro tipo de objeciones, como las que expone De Otto –citado por Balaguer Castellón–, respecto a la “virtualidad” que se manifiesta de la garantía del contenido esencial, a diferencia del caso alemán en donde se precisa como verdadero *límites de límites*¹¹⁰². Este último de los citados, expone por un lado, que la garantía del contenido esencial:

“no sería una auténtica garantía porque al acompañar a una habilitación genérica para limitar, permitiría reducir el régimen constitucional de cada Derecho. Esta obligación no se configuraría así como un límite de los límites que la Constitución expresamente permite (como en el caso de Alemania), sino como una técnica al servicio de la habilitación para limitar, haciendo posible la distinción entre un contenido esencial y un contenido accesorio

¹¹⁰⁰ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales...*, p.281. [Se refiere expresamente a Peter Häberle en: Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs. 2 Grundgesetz, Heidelberg, Müller, 1983, pp.234].

¹¹⁰¹ Según comenta en Francisco Fernández Segado en Presentación y Estudio Preliminar de la obra de Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.LX y LXI.

¹¹⁰² Balaguer Callejón, Francisco. *Capacidad creativa y límites del legislador...*, p.92.

del Derecho, pudiendo este último estar a plena disposición del legislador¹¹⁰³”.

De otro lado, también reconoce entre las críticas, que al proteger únicamente un núcleo o contenido esencial de derecho, dejaría por fuera de ese ámbito de protección también parte de determinado derecho o contenido accesorio¹¹⁰⁴. En el mismo tenor, Carrasco Perera –citado por Balaguer Callejón¹¹⁰⁵- subraya otra importante crítica reconocida como “sólida” por un sector de la doctrina española, porque siguiendo el criterio doctrinal por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, advierte que “el contenido esencial se habría convertido en un argumento en blanco, esto es, en un ‘tópico’, que desarrolla una misión discursiva, argumentativa¹¹⁰⁶”. Pero a pesar de sus fundadas críticas, este mismo autor admite, “que la garantía del contenido esencial es un indicador positivo en todo orden constitucional en que se contempla¹¹⁰⁷”; cuestión esta última con la que vamos a convenir; sin que sirva de excusas para no buscar *otras vías* paralelas como aquí se pretende.

Con ese objeto, lo que acá se propone es estudiar nuevas respuestas (o salvaguardias), conviniendo con Casal, que “en ocasiones se evita entrar en el análisis detenido del concepto aduciendo que no ha jugado ningún papel relevante o que es una categoría simplemente vacía¹¹⁰⁸”. En ese mismo orden, Linares Benzo igualmente reconoce los inconvenientes que resulta de llevar esta teoría a la

¹¹⁰³ Balaguer Callejón, *Ob. Cit.* p.93.

¹¹⁰⁴ Balaguer Callejón, *Ob. Cit.*, p.93

¹¹⁰⁵ Balaguer se refiere al trabajo de: Carrasco Perera, A. *El juicio de razonabilidad, en la justicia Constitucional*, REDC, nro. 11, 1984.

¹¹⁰⁶ Balaguer Callejón, *Ob. Cit.*, p.104.

¹¹⁰⁷ Balaguer, Callejón, Francisco. *Capacidad creativa y límites del legislador...*, p.107.

¹¹⁰⁸ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales...*p.282.

práctica para enjuiciar a su vez a las leyes respectivas, aunque reconoce su gran utilidad (como “única” alternativa posible¹¹⁰⁹).

Pero quizá la mayor crítica se haga desde una perspectiva bien singular. Surgen las objeciones de cierto sector doctrinal que lo cataloga como un «concepto jurídico indeterminado», comenzando con Parejo Alfonso, “el contenido esencial no es otra cosa que un concepto jurídico indeterminado, con el que puede operarse técnicamente: de allí el carácter estrictamente jurídico predicado por la jurisprudencia constitucional de la aplicación de la garantía de dicho contenido nuclear¹¹¹⁰”. Dicha posición es seguida por muchos autores más, como bien lo expone García Soto en tesis doctoral¹¹¹¹, al asumir que la tesis del contenido esencial como «concepto jurídico determinado» ha sido aceptada pacíficamente por la doctrina, citando entre otros, los trabajos del propio Parejo Alfonso¹¹¹²; junto a Brague Camazano¹¹¹³; Colina Garea¹¹¹⁴; Prieto Sanchís¹¹¹⁵; Gavara de Cara¹¹¹⁶; Rubio Llorente¹¹¹⁷.

¹¹⁰⁹ Linares Benzo, Gustavo. *Actos normativos inconstitucionales por contrarios a los derechos fundamentales*, en: Constitución & reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991, p. 213.

¹¹¹⁰ Parejo Alfonso, Luciano. *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales...*, p.188.

¹¹¹¹ Memoria para optar al grado de doctor presentada por Carlos García Soto; Director Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Univ. Complutense de Madrid, Facultad de derecho departamento de Derecho Administrativo. Tesis doctoral la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela Madrid, 2015, p.212. Disponible: <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf> (enero, 2016).

¹¹¹² Parejo Alfonso, Luciano. *El contenido esencial de los derechos fundamentales...*, p. 188

¹¹¹³ Brague Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 399-400.

¹¹¹⁴ Colina Garea, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 356

¹¹¹⁵ En: (i) Prieto Sanchís, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la CE*, en: *Anuario de Derechos Humanos*, N°2, marzo, 1983, p. 397; (ii) Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, p.142

¹¹¹⁶ Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p.345.

¹¹¹⁷ Rubio Llorente, Francisco. *La Constitución como fuente de Derecho*, en: La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 56.

Huelga destacar, que adicionalmente a esos trabajos por nosotros también revisados, en esta investigación hemos confirmado otros autores más que apuntan en la misma dirección en distintos sitios [Peces Barba¹¹¹⁸; Llompart Bennàsar¹¹¹⁹; Rodríguez Calero¹¹²⁰ (España); Acuña Llamas¹¹²¹ (México), Chavero Gazdiek¹¹²² (Venezuela), Nogueira Alcalá¹¹²³ (Chile); Abad Yupanqui¹¹²⁴ (Perú); Motta Navas¹¹²⁵ (Colombia)]. Cabe agregar aquí, que igualmente la jurisprudencia venezolana asumió que el contenido esencial es un concepto jurídico indeterminado¹¹²⁶.

Luego de revisar las distintas opiniones que coinciden con la idea de que el contenido esencial constituye un concepto jurídico indeterminado; destaca que uno de sus promotores concluye con una afirmación más radical, En su caso, Prieto Sanchís es enfático “creo que el verdadero problema que presenta la cláusula del

¹¹¹⁸ Peces-Barba M., Gregorio. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Colección derechos humanos y filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.322.

¹¹¹⁹ Llompart Bennàsar, Magdalena. *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Ed. La Ley, temas, 1ª ed., Madrid, 2007, p.62.

¹¹²⁰ Rodríguez Calero, Jesús María. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español*, Revista Frónesis, vol. 9, núm. 1, Venezuela, 2002, pp.30-31, Disponible:<http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/fronesis/article/viewFile/16469/16442>

¹¹²¹ Acuña Llamas, Francisco J. *El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección*, en: *Derechos fundamentales y Estado*, M. Carbonell (Coord.), Instituto de Investigaciones jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, México, 1ª ed., 2002, p.46.

¹¹²² Chavero Gazdiek, Rafael. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela*, Ed. Sherwood, Caracas, 2001, p.174.

¹¹²³ Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie doctrina jurídica, núm. 156, 1ª. ed., UNAM, instituto de investigaciones jurídicas, 2003, p.106. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1094/13.pdf> (marzo, 2014).

¹¹²⁴ Abad Yupanqui, Samuel. *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales*. Estudio preliminar, en: *Revista Themis*, nro. 21, 1992, p.14. Disponible: <file:///C:/Users/VISTA/Downloads/Dialnet-LimitesYRespetoAlContenidoEsencialDeLosDerechosFun-5109908.pdf> (enero, 2015).

¹¹²⁵ Motta Navas, Álvaro Andrés. *Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Universitas, N° 110, jul-dic., Bogotá, Colombia, 2005, p.521 y 539.

¹¹²⁶ *Vid.*, Sala Constitucional, sentencia 1264/2002, del 11 de junio. Disponible: <http://historico.tsj.gOb.Cit.ve/decisiones/scon/junio/1264-110602-00-1281.HTM>

contenido esencial es que no se trata ya de un concepto jurídico indeterminado, sino más bien de un **concepto impredecible**¹¹²⁷ (Subrayado nuestro); aserto que repite en otro de sus trabajos¹¹²⁸.

El conjunto de todas estas opiniones, pueden llevarnos a afirmar que tal imprecisión conspira en contra la teoría del contenido esencial, debido a que se cae en un terreno especulativo (por vía de interpretación); por ende, lleno de debate y discusión *constante*. Por su parte, cuando De Asís Roig interpreta a Prieto Sanchís, asume que para éste, “el problema de la determinación del contenido esencial y en definitiva de la comprensión del significado de los derechos fundamentales no está resuelto¹¹²⁹”. Entonces, parafraseando a dicho autor, (i) que sea un concepto indeterminado; (ii) que sea un concepto impredecible y (iii) que se muestre que su significado no está resuelto; podemos concluir que es una gran teoría con virtudes, pero también con falencias.

Por otro lado, si bien Jiménez Campo entiende este concepto como el «límite de límites» impuesto por mandato del artículo 53 CE¹¹³⁰ (aunque no piensa lo mismo De Otto); explica asimismo, que distinto a como lo ha previsto el Tribunal Constitucional, otras veces, en su criterio, “el contenido esencial pasaría a convertirse en una garantía relativa”. De modo que, se trataría de “una difícil regla de equidad que habría que leer ya como una cláusula de «limitación mínima suficiente» para apreciar su efectivo respeto por la ley¹¹³¹”. Interpretamos que se trata de un elemento donde puede difuminarse tales límites o contornos internos;

¹¹²⁷ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ed. Trotta, colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed., 2009, p.234.

¹¹²⁸ Prieto Sanchís, Luis. *La garantía de los derechos fundamentales*, en: La Constitución española de 1978. 20 años de democracia, Congreso de Diputados, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p.331.

¹¹²⁹ *Cfr.*, De Asís Roig, Rafael en Análisis crítico de la obra de Luis Prieto Sanchís. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Bibliografías y notas, Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas, Univ. Carlos III de Madrid, España, p.534. Disponible: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1412/DL-1993-I-1-Bibliografia.pdf?sequence=1>

¹¹³⁰ Jiménez Campo, Javier. *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, número 9, sept-dic., España, 1983, p.114.

¹¹³¹ Javier Jiménez Campo, *La igualdad...*, p.114.

si se tiene por cierto, como enseña Lucas Verdú¹¹³², que el contenido esencial está “implícito” en la propia Constitución (y por tanto, habrá que buscarse en su contexto de valores y principios). Estas mismas dificultades son observadas por Villaspín Oña, al establecer la diferencia entre «contenidos mínimos» (constitucionales) con el llamado «contenido esencial» (del artículo 53.1 CE); explicando que: “El contenido esencial de un determinado derecho social no puede ser vulnerado y sí, sin embargo, su efectividad o eficacia¹¹³³”. Es decir, que no “puede” ser vulnerado; pero en la práctica “si se puede” afectar en cuanto a su materialización (efectividad/eficacia).

En iguales términos, sostiene Díez-Picazo que no obstante los avances de la concepción institucional en materia de derechos fundamentales, dice, no se ha resuelto aún una interrogante de enorme importancia práctica –subraya-, que establece que el legislador debe respetar siempre el llamado contenido esencial de los derechos fundamentales. En esa dirección se pregunta: “¿quiere decir que esos derechos tienen un núcleo indisponible que no admite restricción alguna o, más bien, que sólo ese núcleo goza de rango constitucional aunque el legislador puede ampliarlo si lo estima conveniente?¹¹³⁴”. Parece colegirse de su afirmación, que no está resuelto en el plano técnico este “problema”. De igual forma, Medina Guerrero, si bien en diversas ocasiones hace mención sobre las dificultades que se enfrenta para precisar el contenido esencial¹¹³⁵; razona que las mismas no son argumentos suficientes para desvirtuar dicha teoría¹¹³⁶.

En Venezuela, las mayores objeciones provienen de Casal Hernández: “La categoría del contenido esencial es ciertamente oscura y ofrece dificultades

¹¹³² Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1985, pp.110 al 238.

¹¹³³ Vallespín Oña, Fernando. *Estado de Bienestar y constitución*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nro.1, Centro de Estudios Constitucionales, sept-dic., España, 1988, p.137

¹¹³⁴ Díez-Picazo, Luis María. *La idea de derechos fundamentales en la constitución española*, en: *Constitución y constitucionalismo hoy*, Cincuentenario del derecho constitucional comparado de Manuel García Pelayo, Caracas, 2000, pp.403-404.

¹¹³⁵ Manuel Medina Guerrero. *La vinculación...*, págs.116, 149, 155, 171, 177.

¹¹³⁶ *Ob. Cit.*, p.170.

interpretativas”. Sin embargo, el mismo sugiere que ello no es suficiente para “negarle toda virtualidad jurídica¹¹³⁷” (coincidiendo en este punto con Medina Guerrero citado atrás). En sus palabras, tanto la doctrina y práctica extranjera han convenido en “la dificultad de hallar la especificidad material de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”¹¹³⁸; dificultad que igualmente aplica al caso de Venezuela según su práctica constitucional¹¹³⁹; opinión que es compartida con Escudero León al reconocer que no siempre es fácil determinar el contenido mínimo de cada derecho¹¹⁴⁰.

El otro punto que se objeta a la teoría del contenido esencial, es que no resolvería los casos de las llamadas *omisiones legislativas*¹¹⁴¹ (Arango); es decir, constituyen problemas aún sin resolver, *de qué manera y de qué forma* se protegen dichas omisiones, situación que haría inaplicable la teoría del contenido esencial frente las mismas¹¹⁴². (Ramírez).

Por último, pero no menos importante y para evitar alguna confusión, se hace necesaria subrayar las diferencias entre el (i) «contenido esencial» en el ámbito internacional de los derechos humanos frente (ii) al «contenido esencial» en lo interno; pues estamos ante dos categorías distintas. Consta que en el seno de las Naciones Unidas se asume un criterio de unos «contenidos mínimos esenciales» que existe para todo Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹¹³⁷ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales...*, p.302.

¹¹³⁸ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales...*, p.303.

¹¹³⁹ *Ob. Cit.*, p.325.

¹¹⁴⁰ Sent. del 5 de agosto de 1999, Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. *Vid.*, Escudero León, Margarita. *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder público*, Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajo de grado, nro.1, 1ª ed., Caracas, 2005, pp.105-106.

¹¹⁴¹ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Ed. Legis, Bogotá, 1ª ed., 2005, p.279.

¹¹⁴² Martínez, María Salvador. *Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales, en: Derechos Constitucionales y formas políticas*. En: Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Editoriales, Estudios constitucionales y políticos, Miguel Ángel Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, p.216.

Sociales y Culturales; entendida como la obligación estatal de hacer todo su máximo esfuerzo en procura de unos *estándares mínimos*.

Obsérvese pues la diferencia, ya que como apunta Casal Hernández, en esta materia “la noción del contenido esencial no va dirigida, como de costumbre, a fijar barreras a una intervención legislativa restrictiva de alguna libertad, sino a obligar al Estado a lograr un nivel mínimo de efectivo disfrute de la población de derechos generalmente prestacionales¹¹⁴³”.

Hecha la advertencia, se observa no obstante, que *también* en este campo de los DDHH existen igualmente ciertas “objeciones” -Jochen Von Bernstorff- en cuanto a los criterios que rigen para determinar el concepto de contenido esencial¹¹⁴⁴.

En este estado, debe precisarse que *no puede haber confusión cuando se hable de contenido esencial en materia del derecho internacional humanitario frente al contenido esencial a nivel constitucional (según la teoría que nos ocupa)*.

A pesar de esta diferenciación, en el plano de los DDHH alguna teoría encuentra puntos en común entre ambas categorías; al punto de desarrollar lo que se identifica como contenido esencial y contenido mínimo esencial en materia de derechos¹¹⁴⁵; aunque ello con la objeción de algunos –como la del profesor De Asis-, quien se “muestra renuente a reconocer que el derecho internacional pueda aumentar la información que se tiene sobre el derecho en cuestión¹¹⁴⁶”.

¹¹⁴³ Casal Hernández. *Los derechos fundamentales*... p.286.

¹¹⁴⁴ Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial de los derechos humanos, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, p.163.

¹¹⁴⁵ Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea), Módulo 8: *Cómo definir el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales problemas y perspectivas*, p.171. Disponible:http://www2.fices.unsl.edu.ar/~prosoc/material/13bModulo8_circulo_de_derechos.pdf

¹¹⁴⁶ Parra Cortés, Lina V. *Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo. El caso del derecho al trabajo*, Ecuador, 2010, p.60.

En resumen, no estamos ante un tema cerrado. El contenido esencial *no era* –ni es- una institución sencilla, razón por la cual copiamos de Casal Hernández, que “el contenido esencial de los derechos fundamentales luce hoy en el Derecho alemán, en alguna medida, como el mascarón de proa de un sistema de derechos que ha hallado otras herramientas conceptuales, con mayor facilidad o naturalidad, el punto de apoyo ordinario para el examen jurídico-racional y el control de las restricciones legales a los derechos fundamentales¹¹⁴⁷”. Parece estar refiriéndose dicho autor, a los principios de proporcionalidad y de ponderación, entre otros para coadyuvar a la función de aquel. Justificamos trasladar a España y Venezuela parte de ese aprendizaje.

Pues bien, vista en conjunto las distintas objeciones que se formulan a la teoría del contenido esencial (por su indeterminación/vaguedad; por ser un concepto jurídico indeterminado; por no resolver las omisiones legislativas), se llega a concluir que *el contenido esencial no puede responder solo los límites “internos” en los derechos fundamentales sociales. Es conveniente que se busquen otras salvaguardas.*

4.3. El contenido esencial del derecho prestacional a la educación gratuita (desde la teoría).

Teniendo en cuenta la posición del propio TCE que es categórico –dice Ojeda Marín- en que “lo criterios del contenido esencial han de aplicarse a cada caso concreto, ateniéndose a la forma en que el derecho de que se trate esté configurado en la Norma Fundamental (STC 161/1987, fj.5)¹¹⁴⁸”; no obstante, algunos autores intentan en “abstracto” establecer desde la propia regulación constitucional del artículo 27 CE, alguna lista de elementos o componentes del derecho a la educación gratuita. En lo que a la parte prestacional concierne, este

Disponible:<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2499/1/T0963-MDE-Parra-Contenido%20m%C3%ADnimo.pdf> (enero, 2015).

¹¹⁴⁷ Casal Hernández, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones...*, p.281.

¹¹⁴⁸ Ojeda Marín, Alfonso. *Estado social y crisis económica*, Ed. Complutense, Madrid, 1996, p.118.

mismo autor está consciente de los problemas derivados a la disminución o degradación del derecho; sin probar alguna lista de contenidos en forma abstracta en específico, como si harán algunos otros teóricos consultados.

Debe igualmente tenerse sentado que este tampoco es un tema sencillo, pues como se afirma con Martínez de Pisón: “La fijación del contenido del derecho a la educación de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 27 de la Constitución no es una cuestión pacífica entre los estudiosos del precepto¹¹⁴⁹”. El mismo autor, líneas atrás en ese trabajo, aunque no se refiera específicamente como existencia del contenido esencial; considera que el derecho a la educación en su vertiente prestacional (conforme al apartado 4 del artículo 27 CE) en su sentido “estricto”; está conformado por (i) el derecho de recibir formación, (ii) el derecho al acceso a la educación (junto al saber científico), (iii) que a la enseñanza que sea obligatoria y gratuita; y por último, (iv) la obligación de los poderes públicos a establecer una programación de la educación que sea igual y general al mismo tiempo¹¹⁵⁰.

En su interesante estudio, trae un recuento de otros autores, que listan los elementos que en sus respectivos criterios, constituyen los contenidos de este derecho desde su aspecto prestacional:

Para Embid Irujo, ese contenido lo constituiría, 1) el derecho a cursar enseñanza que sea considerada básica; 2) el derecho a control objetivo y racional del saber que posibilite el acceso a cualquier titulación dentro del sistema educativo; 3) el derecho de acceso a los centros de enseñanzas sin más límites que las establecidas en razones de interés público¹¹⁵¹. En Fernández-Miranda, estaría en, 1) el derecho de acceder a las enseñanzas del sistema educativo del Estado; 2) el derecho de evaluación objetiva, 3) el derecho a la educación gratuita¹¹⁵².

¹¹⁴⁹ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”, Univ. Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.139.

¹¹⁵⁰ Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación...*, pp.139-140.

¹¹⁵¹ *Ob. Cit.*, pp. 140 y 141.

¹¹⁵² *Ob. Cit.* 141.

Finalmente, para Garrido Falla estaría en “la obtención de una plaza que posibilite el acceso a la educación¹¹⁵³”.

Por su parte, en Sánchez de Vega la acción prestacional se manifiesta principalmente en la creación, organización y sostenimiento del servicio público educativo. Ese contenido consiste en el acceso a la enseñanza básica institucionalizada; y abarca –dice– “tanto la posibilidad de acceder a una plaza escolar, como de permanecer en el centro continuando estudios en los distintos niveles y grados¹¹⁵⁴”.

Igualmente Martínez López-Muñiz, al referirse a la dimensión prestacional de este derecho, encuentra no solo en recibir determinados contenidos educativos, sino especialmente el derecho que tiene toda persona a recibir ese tipo de educación “institucionalizada”, dentro de unas condiciones mínimas garantizadas por el Poder Público¹¹⁵⁵.

Más preciso es Díaz Revorio al sostener que desde el punto de vista constitucional, el llamado «contenido esencial» del derecho a la educación en sentido estricto, “es el acceso a las enseñanzas regladas que integran el sistema educativo, y la permanencia en los centros de enseñanza si se cumplen ciertos requisitos¹¹⁵⁶. Entiende por acceso a las enseñanzas regladas como “el contenido primario y más elemental del derecho a la educación¹¹⁵⁷”; y por consecuencia lógica de este elemento, argumenta, se llega al «contenido esencial» del derecho de permanencia (aunque es consciente que no se trata de un derecho absoluto o

¹¹⁵³ *Ob. Cit.*, p.141.

¹¹⁵⁴ Sánchez De Vega, Agustín. *La prestación de la educación*, en: 25 años de la Constitución, Revista Jurídica de Castilla y León, número extraordinario, enero, España, 2004, p.233.

¹¹⁵⁵ Martínez López-Muñiz, José Luis. *La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas*, en: Los derechos fundamentales en la educación, J. L. Requero Ibañez y J.L. Martínez López-Muñiz (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, 11-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p.30.

¹¹⁵⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier. *El derecho a la educación*, en: Parlamento y Constitución, anuario, nro.2, España, 1998, p.281. Disponible: www.hhnt/dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/197136.pdf (enero, 2014).

¹¹⁵⁷ Díaz Revorio, Francisco. *El derecho a la educación...*p.281.

ilimitado; pues puede “perdersé” según la falta de rendimiento, por ej.¹¹⁵⁸). También formaría parte del «contenido esencial» prestacional la gratuidad de la educación a nivel básico¹¹⁵⁹. El resto de componentes de ese contenido esencial según este autor, se encuentra en otros derechos pero no forman parte del régimen prestacional.

Por su parte, Gavara de Cara encuentra tales contenidos, 1) en la protección de garantías de plazas escolares gratuitas, 2) el ingreso o acceso a instituciones públicas, 3) a la configuración de estructuras organizativas y procedimentales para ejercer derechos¹¹⁶⁰. Por último, para Borrajo Iniesta el contenido “inequívoco” implica el derecho a acceder a una plaza docente¹¹⁶¹.

Como nota característica de estos autores, a pesar de las dificultades de precisar alguna lista de componentes en abstracto, se colige que el «**acceso a la educación/enseñanza gratuita**», formaría parte del *contenido mínimo o esencial* del derecho a la educación en su versión prestacional.

Una vez que hemos evaluado en forma específica algunas de las ideas que la doctrina sostiene en cuanto a los contenidos mínimos o esenciales (abstractos) del derecho a la educación; se pasa ahora a revisar otra categoría que por al estar relacionada con esta materia, resulta pertinente en esta investigación: la categoría del *contenido mínimo vital*, conforme sigue.

¹¹⁵⁸ *Ob. Cit.*, p.283.

¹¹⁵⁹ *Ob. Cit.*, 286.

¹¹⁶⁰ Gavara de Cara, Juan C. *La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales*, en: Teoría y realidad constitucional, UNED, nro.20, 2007, pp.312-313.

¹¹⁶¹ Borrajo Iniesta, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación*, en: La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Francisco Rubio Llorente, Congreso de Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Fund. Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol.I, Madrid, 2002, p.664.

5. DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN MÍNIMO VITAL O EXISTENCIAL: DIÁLOGO «DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLADOR».

Sobre el llamado mínimo vital, enseña Carmona: “No existe una única definición de este derecho”; pues ni siquiera es pacífica su propia denominación¹¹⁶². A pesar de tal introducción, se está en presencia de una importante creación que transformará la dinámica de las relaciones del poder; produciendo una verdadera revolución en el campo de la teoría política; y principalmente en el campo de los derechos fundamentales. Conducirá a un verdadero (y sincero) diálogo entre la doctrina, la jurisprudencia y el legislador.

En este tema se consiguen básicamente dos corrientes doctrinarias, que justifican el empleo de ciertos componentes (valores) para determinar unos contenidos llamados vitales. En orden de esas preferencias, se emplean tanto la «dignidad humana¹¹⁶³» como la «igualdad material¹¹⁶⁴».

Repasando sus orígenes, a falta de un listado expreso de derechos sociales en la Ley Fundamental de Alemania (1949), existía cierta convergencia doctrinal acerca de la necesidad de que el Estado debería garantizar a los ciudadanos un «mínimo social»¹¹⁶⁵. En este tópico serán relevantes varios trabajos, entre otros, principalmente de Otto Bachof, quien a decir del profesor Wolfgang Sarlet, sería “uno de los primeros en sustentar la posibilidad del reconocimiento de un derecho

¹¹⁶² Carmona Cuenca, Encarnación. *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la constitución española de 1978*, Estudios Internacionales, nro. 172, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 2012, p.63. Vid. <file:///C:/Users/VISTA/Downloads/23587-92112-1-PB.pdf> (noviembre 2014).

¹¹⁶³ De Barcellos, Ana Paula. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹¹⁶⁴ Cossio Díaz, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p.46.

¹¹⁶⁵ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas*, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, nro.1, vol.1, Santa Fe, 2014, p.100.

subjetivo a la garantía positiva de los recursos mínimos para una existencia digna¹¹⁶⁶”. Luego de aquella primera aproximación, ahora leyendo a Arango, encontramos que aquel autor iuspublicista alemán es seguido tiempo después por otros doctrinarios jurídicos de ese país, entre otros Breuer (1978) y Murswiek (1985)¹¹⁶⁷.

También puede mencionarse a modo de contribución a otros juristas de distinta índole (Hart, 1973:194-195; Michelman 1979: 680; Alexy, 1991: 482; Nino, 1993: 295; Rawls, 1996: 265), quienes de igual manera han reconocido un derecho al mínimo existencial por vía de la interpretación de los textos constitucionales¹¹⁶⁸.

Pero, *¿qué se entiende como mínimo vital?* Arango lo indica con más precisión: “Una persona tiene un derecho fundamental a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas, si pese a su situación de urgencia el Estado omite actuar, de forma que lesiona sin justificación constitucional a la persona¹¹⁶⁹”. Se trata de un derecho “evolucionado”, que partiendo de la doctrina, tal como veremos, fue receptado por la jurisprudencia mediante una interpretación sistémica del texto constitucional o Ley Fundamental (LF) desde el “principio” del «Estado social» (Art.20 LF) en conjunto con el valor «dignidad» (Art.1º LF), al postular la existencia de **unos servicios que por básicos deben ser otorgados por el Estado.**

Si bien en principio convenimos con Arango que “tal reconocimiento [del mínimo vital jurisprudencial] contravenga la relación ideal [que sea en el legislador

¹¹⁶⁶ Wolfgang Sarlet, Ingo. *Dignidad (de la persona) humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, s.f. p.617. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3977/29.pdf> (febrero, 2015).

¹¹⁶⁷ *Cit.* en Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Universidad Nacional de Colombia, 1ª ed., 2005, pp.129 y 130.

¹¹⁶⁸ Arango, Rodolfo. *Promoción de los derecho sociales constitucionales por vía de protección judicial*, en: *El Otro Derecho*, núm. 28, julio de 2002, Ed. Ilsa, Bogotá D.C., Colombia, p.105. Disponible: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-05.pdf> (marzo, 2014).

¹¹⁶⁹ Arango, Rodolfo. *Promoción de los derecho sociales constitucionales...*, p.114.

democrático donde se regulen]¹¹⁷⁰”; paradójicamente fue reglamentado tiempo después por el propio legislador alemán en el ámbito de la asistencia social¹¹⁷¹; lo que evidencia la madurez de las instituciones en virtud de un verdadero diálogo. Dentro de los derechos asociados a este «mínimo vital» se proyectan varios (alimentos, calzado, vestido, educación, ayuda sanitaria, etc.), de allí que –ahora sí– corresponda al legislador la tarea de determinar la cuantía de cada una de esas prestaciones; quien “está legitimado para asumir decisiones políticas en el ámbito de un marco de referencia constitucional¹¹⁷²”. Siendo el mínimo vital voluble y cambiante¹¹⁷³; tendrían razón Tenorio (citando expresamente al STCFA¹¹⁷⁴), sobre la necesaria actualización por parte del legislador, en virtud de la periodicidad de las prestaciones¹¹⁷⁵. En definitiva, la forma de conseguir un derecho definitivo a un mínimo vital, solo puede justificarse como resultado de un proceso argumentativo¹¹⁷⁶.

Así las cosas, vale la pena indagar en qué estado del debate se encuentra la doctrina de España y de Venezuela frente a tal figura. Empezando con España; para Cossio “los derechos sociales se resuelven en prestaciones a cargo del Estado encaminadas a satisfacer los llamados mínimos vitales¹¹⁷⁷”. Allí mismo Martínez de Pisón, asume que la solidaridad social un elemento clave en procura del mínimo

¹¹⁷⁰ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...* p.153.

¹¹⁷¹ Wolfgang Sarlet, Ingo. *Dignidad (de la persona) humana...*, p.617.

¹¹⁷² Tenorio, Pedro. *El Tribunal Constitucional, la cláusula Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno*, cap. 12, en: *Derechos sociales y principios rectores*, Actas del IX congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (celebrado en Santa Cruz de Tenerife, enero 2011), J. L. Cascajo Castro, M. Terol Becerra, A. Domínguez Vila, V. Navarro Marchante (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp.281-282.

¹¹⁷³ De Marco, Cristhian Magnus. *Elementos sobre a autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais*, en: *A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais. Desafios do século XXI*, Organizadores Nerciso Leandro Xavier Baez (Brasil) y Douglas Cassel (Estado Unidos de Norteamérica), Fund. para el debido proceso, Editora Unoesc, Joaçaba, Brasil, 2011, p.249.

¹¹⁷⁴ Sent. del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del 09 de febrero de 2010, líneas 133 y ss.

¹¹⁷⁵ Tenorio, Pedro. *El Tribunal Constitucional...*, p.282.

¹¹⁷⁶ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.211.

¹¹⁷⁷ Cossio Díaz, José R. *Estado social y derechos de prestación...*, p.46.

vital¹¹⁷⁸. Del mismo tenor, Torres del Moral sostiene que al poder público “asume la obligación de realizar las prestaciones positivas necesarias para garantizar un *mínimo existencial* de los ciudadanos y promover las condiciones de satisfacción de necesidades individuales y generales que el mercado no proporciona¹¹⁷⁹”. (Subrayado nuestro). Más adelante su jurisprudencia toma la palabra.

En Venezuela, muy pocas voces atienden esta figura. Por mucho que alguna parte de la teoría sostenga –verbigracia con Peña Solís- que sería “indiscutible” que los derechos sociales tal como están previstos en la Constitución venezolana, son en sí mismos derechos subjetivos mediante los cuales debería asegurarse un «mínimo vital¹¹⁸⁰»; la verdad es que aparte de dicha opinión y una que otra –como Hernández¹¹⁸¹-, la práctica opera en otro sentido. En el caso venezolano ninguno de los operadores políticos ha intentado desarrollar seriamente esta categoría jurídica de supuestos mínimos de derechos¹¹⁸².

Al contrario, la doctrina de ambos países deberían mirar hacia Brasil, en donde autores como Wunder Hachem vienen a puntualizar:

“El derecho fundamental al mínimo existencial es compuesto por partes de derechos económicos y sociales necesarias a proporcionar a su titular unas condiciones materiales de existencia mínimamente digna. Él es un *minus* en relación a los derechos sociales, que son provistos de un contenido más amplio, que abarca otros deberes – no sólo de prestación, sino también de abstención – que sobrepasan la circunscripción del mínimo existencial¹¹⁸³”.

¹¹⁷⁸ Martínez de Pisón, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Tecnos, Madrid, 1998, p.106.

¹¹⁷⁹ Torres del Moral, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*, tomo I, 2ª edición, Átomo Ediciones, Madrid, 1988, p.286.

¹¹⁸⁰ Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Manuales universitarios, Ed. Paredes, Caracas, 2014, pp.95-96.

¹¹⁸¹ Hernández G, José I. *Introducción al concepto constitucional de Administración pública en Venezuela*, Ed. jurídica venezolana, 2011, p.204.

¹¹⁸² Petit Guerra, Luis A. *Los derechos sociales y el mínimo vital. Un debate ausente*. Disponible: [http://reportevalencia.com/site/derechos-sociales-en-venezuela-no-deberian-quedar-en-manos-de-la-elite-politica/\(enero,2015\)](http://reportevalencia.com/site/derechos-sociales-en-venezuela-no-deberian-quedar-en-manos-de-la-elite-politica/(enero,2015)).

¹¹⁸³ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales...*, p.114.

En ese contexto, existiría alguna relación lineal entre derechos económicos y sociales y el mínimo vital; aunque para Bernal Pulido¹¹⁸⁴, dichos derechos no tienen como única y exclusiva función la satisfacción del mínimo existencial¹¹⁸⁵. En ese orden, hay otras opiniones más amplias en cuanto al tipo de relación entre derechos sociales y económicos (en su contenido y objeto): “El mínimo existencial se dirige al combate de la miseria o pobreza absoluta, al paso que los derechos económicos y sociales se destinan a la promoción de la igualdad material entre los individuos¹¹⁸⁶”.

Ese país constituye un paradigmático ejemplo sobre el debate en torno a la figura del mínimo existencial en la realización de los derechos fundamentales económicos y sociales, donde básicamente se divide en dos grupos: los que aspiran una posición maximalista de esta categoría o «mínimo existencial definitivo»; esto es, partiendo de la idea de lo que debe proveerse siempre –sin excusas de ningún tipo-; y una posición minimalista o «mínimo existencial prima facie», que encuentra soporte a su vez en tres tendencias: La primera, asume las dificultades que son consecuencia de los *costos financieros* para la materialización de este tipo de derechos prestacionales; entendiendo que no debería afectarse el criterio de elección del legislador en esta materia¹¹⁸⁷; la segunda, aquella que además de los costes condiciona aquellos derechos a la *existencia de normas organizativas y procedimentales* (por ej., la construcción de escuelas en el caso del derecho a la educación¹¹⁸⁸); y la tercera, que encuadran el derecho al mínimo existencial desde

¹¹⁸⁴ Bernal Pulido, Carlos. *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Atria*. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, C. Pereira de Souza Neto y D. Sarmiento (Coords.), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. p.149. Obra original de aquel: Bernal Pulido, Carlos. *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?”* de Fernando Atria. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 1ª ed., Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

¹¹⁸⁵ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales...*, p.114.

¹¹⁸⁶ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales...*, p.114.

¹¹⁸⁷ *Ob. Cit.* p.117.

¹¹⁸⁸ *Ob. Cit.*, p.118.

las *categorías de principios* (que dichos derechos no son definitivos en la forma que lidera Robert Alexy¹¹⁸⁹).

De lo anterior, obsérvese que el planteamiento central de nuestra tesis, viene a coincidir en la visión del llamado «mínimo existencial definitivo», en donde no se requiere de ninguna clase de procedimiento racional (ponderativo o de proporcionalidad) para el reconocimiento del contenido mínimo existencial de derechos fundamentales:

“La corriente interpreta el derecho al mínimo existencial como una ‘excepción a la clásica distribución de funciones en un Estado democrático’, en la cual el establecimiento de prioridades y la toma de decisiones políticas acerca de la distribución de recursos compite primariamente a la función legislativa. Él se presenta como un “triunfo principal” capaz de hacer que se ceda la legitimidad democrática de las elecciones políticas del legislador a favor de la legitimidad constitucional de la acción jurisdiccional. Su incidencia se da por el método de subsunción, no pudiendo ser objeto de ponderación, una vez que su contenido coincide con el núcleo esencial irreductible de los derechos fundamentales, no susceptibles de ser sopesados. No se trata, en realidad, de un efectivo blindaje en contra de cualquier ponderación: lo que se entiende es que esta **ya fue previamente realizada por el constituyente**...¹¹⁹⁰”. (Resaltado nuestro).

La posición de Wunder Hachem reúne nuestras aspiraciones, evitando caer en el juego ponderativo a lo *Alexyano* que plantea la teoría de los derechos fundamentales como principios; ya que en el caso de los contenidos mínimos que él llama definitivos, “el mínimo existencial ya es el producto de una ponderación previamente operada por el constituyente¹¹⁹¹”. Todo parece indicar que se puede hacer esa creación por vía Constituyente.

En orden a sus preferencias teóricas, su propuesta busca:

“determinar el contenido del mínimo existencial *a priori*, trazando un listado preferencial identificable a partir de las prioridades fijadas en el texto constitucional en un determinado momento histórico, que involucran prestaciones necesarias a todos los ciudadanos y no solamente acci-

¹¹⁸⁹ *Ob. Cit.*, p.118.

¹¹⁹⁰ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales...*, p.118.

¹¹⁹¹ *Ob. Cit.*, p.119.

dentalmente a algunos (*listado constitucional preferencial*), y encuadrarlo en la categoría normativa de regla, imprimiéndole la naturaleza de derecho definitivo, inmune a la ponderación (*mínimo existencial definitivo*)¹¹⁹²”.

Así pues: “Las prestaciones estatales positivas destinadas a la satisfacción de derechos fundamentales sociales que integren el mínimo existencial siempre serán exigibles ante el Poder Judicial por medio de cualquier instrumento procesal, de forma definitiva, e independientemente de reglamentación legislativa, previsión presupuestaria, disponibilidad financiera o existencia de estructura organizacional del Poder público para atenderlas¹¹⁹³”. Estamos en presencia de una verdadera Constitución normativa en donde ella misma es aplicable directamente, sin contraargumentos teóricos basados en los clásicos razonamientos de la legalidad y de la separación de poderes; que muchas veces se erigen como *obstáculos a la concreción de derechos sociales básicos*.

Cabría agregar una última referencia. Pese a las relaciones entre el «contenido esencial» y el «contenido mínimo vital»; y en el entendido de que para algunos son conceptos sinónimos (García Schwarz¹¹⁹⁴); seguimos a la doctrina que encuentra su trato diferenciado (De Marco¹¹⁹⁵). Dentro de esas relaciones, Lobo –citado por Wunder Hachen– defiende que los derechos sociales sólo son fundamentales en relación con su *contenido esencial*, necesario para garantizar el *mínimo existencial*¹¹⁹⁶. En esa misma forma se admite la utilidad del *contenido esencial* para ayudar a determinar la garantía del *mínimo existencial*¹¹⁹⁷.

¹¹⁹² *Ob. Cit.*, p.121.

¹¹⁹³ *Ob. Cit.*, pp.121-122.

¹¹⁹⁴ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El Derecho, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2011, p.87.

¹¹⁹⁵ De Marco, Cristhian Magnus. *Elementos sobre a autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais*, en: A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais. Desafios do século XXI, Organizadores N. L. Xavier Baez (Brasil) y D. Cassel (Estado Unidos de Norteamérica), Fund. para el debido proceso, Editora Unoesc, Joaçaba, Brasil, 2011, p.249.

¹¹⁹⁶ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales...*, p.141.

¹¹⁹⁷ Wolfgang Sarlet, Ingo y Agostini Saavedra, Giovanni. *Breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha*, en:

Aquí una precisión más, la existencia del contenido al *mínimo vital* puede ser relacionado a su vez al *contenido mínimo*, para distinguirlo del *contenido esencial*, si nos apoyamos en la tesis de Nogueira Alcalá, según el cual “todo derecho fundamental asegurado constitucionalmente tiene un contenido mínimo y un contenido esencial, de aplicación directa e inmediata, como asimismo dicho contenido constituye un límite al legislador¹¹⁹⁸”. Tal distinción se desprende en que el «contenido esencial» (responde a la tesis basada en los límites “implícitos” al legislador desde la Constitución) frente al «contenido mínimo o vital» (tesis construida que puede encontrar su antecedente jurisprudencial mediante el alegato del mínimo vital).

En esa perspectiva, dicho autor dice al final de ese mismo trabajo:

“El **contenido mínimo** de los derechos sociales fundamentales está relacionado con el respeto a la dignidad del ser humano y a la consideración de un **mínimo vital** que se concreta en cada uno y todos los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto satisfacción de necesidades materiales básicas de las personas, constituyendo el aseguramiento de la existencia material del ser humano un presupuesto básico del Estado constitucional democrático contemporáneo¹¹⁹⁹”. (Resaltado nuestro).

Resultado de estas líneas, apreciamos las relaciones existentes entre las fórmulas que desempeña el contenido mínimo vital en auxilio al contenido esencial; e incluso, viceversa. Al mismo tiempo comprobar la manera en que con la aparición del «derecho al mínimo vital», ocurrió una interesante relación dialógica entre la doctrina, jurisprudencia y legislador; porque –a diferencia del «contenido

Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano, Ed. Alteridade, Curitiba, 2012, p.82.

¹¹⁹⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, vol. 7, núm. 2, 2009, p.156. [nota: a pesar que aparece registrado en el portal *Dialnet*, al hacer click al “texto completo”, la remisión a la pág.web en la Universidad de Talca no aparece dicho texto. El mismo puede ser consultado sin embargo, en: <http://docplayer.es/10886519-Los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-como-derechos-fundamentales-efectivos-en-el-constitucionalismo-democratico-latinoamericano.html> (octubre 2015).

¹¹⁹⁹ Nogueira Alcalá, *Ob. Cit.*, pp.192-193.

esencial» que se proyecta para limitar al legislador-, el «mínimo vital» se lanza desde la jurisprudencia para estimular la labor legislativa. Nos mueve a reflexionar si el poder legislativo siempre tiene –como aquí se niega- la única -o última- palabra al momento de definir los contenidos (internos/mínimos) de derechos.

En este estado del debate, el valor simbólico/directivo del «contenido esencial» (Haberle); parece ceder ante la concepción de la categoría del «mínimo vital», el cual puede estar previamente acotado (explícito) por el propio constituyente (Wunder Hachem). *El marco constitucional puede servir más allá que un punto de vista referencial.*

5.1. Del contenido mínimo vital desde la perspectiva de la jurisprudencia.

El carácter de los tribunales como agentes de cambio social¹²⁰⁰, es cada vez más frecuente, sobre todo en la preocupación de las altas Cortes en la materia de derechos sociales. De manera que es intensa y diversa la actualización de los derechos sociales por vía jurisprudencial; en lo que a nosotros nos atañe, sobre todo en el ámbito educativo objeto de estudio. Esta actividad es patente tanto en los tribunales con carácter regional de derechos humanos (sobre todo en lo relacionado a la escogencia del idioma¹²⁰¹ y los contenidos en materia de enseñanza¹²⁰²); como en tribunales en cuyos países (como en los Estados Unidos de Norteamérica), no obstante de negarse el carácter de derecho fundamental al

¹²⁰⁰ Sagües, Néstor Pedro. “*Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales*”, en: *Direitos Fundamentais Da Pessoa Humana. Um Diálogo Latino-Americano*, Editora Alteridade, Curitiba, Brasil, 2012, pp.443-461.

¹²⁰¹ Sentencia del caso Kjeldsen, 7 de diciembre de 1975, apartado 52. Puede consultarse: Martín y Pérez de Nanclares, José; López Escudero, Manuel [*et al.*], en: Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario Artículo 14. Derecho a la educación, A. Mangas Martín (Dir.), Fund. BBVA, 1ª ed., Bilbao, 2008, p.313.

¹²⁰² Sentencia del caso Gravier, 13 de febrero de 1985. *Ob. Cit.*, p.313.

derecho a la educación¹²⁰³; se establecen pautas para la *determinación un contenido mínimo de ese derecho*¹²⁰⁴.

Sin embargo, la contribución más importante del llamado derecho fundamental al mínimo vital, corresponde en tarea de las altas cortes, pero especialmente impulsadas por Alemania –cuya jurisprudencia es la rectora de todo ese diálogo con el resto de tribunales-, seguido por un amplísimo activismo de Colombia y Brasil, especialmente; y en menor medida Perú¹²⁰⁵; Suiza¹²⁰⁶ y Portugal¹²⁰⁷. Dentro de las equivalencias y guardando las distintas circunstancias que dieron lugar a los pronunciamientos respectivos; téngase presente que en ninguno de sus países las cartas políticas regulaban el derecho fundamental al «mínimo vital».

Con relación a España y Venezuela debemos hacer una precisión puntual:

En un principio, con respecto a España, cursa antecedente del TCE que fue modelando primeramente el concepto de «existencia digna» (STC, 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). Pero sobre la categoría del mínimo vital como tal, fue apenas en fecha reciente cuando se atrevió abordarlo. Para llegar allí, anteriormente alguna doctrina postulaba como posible el desarrollo del «mínimo vital» (Carmona Cuenca); cuestión que hasta ese momento -2012- no había sucedido en su práctica

¹²⁰³ Caso: San Antonio Independent School et al. vs. Rodríguez, 411 U.S. (1973). *Cfr.*, Chavero Gazdiek, Rafael. *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Ed. Sherwood, Caracas, 2011, p.161.

¹²⁰⁴ *Vid.* Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Universidad Nacional de Colombia, 1ª ed., Bogotá, D.C., 2005, p.213. (Nota a pie de pág. nro.315). Se refiere a un trabajo de Michelman, en donde parece quejarse que: “¿Cómo puede la Corte Suprema admitir la posibilidad de **un derecho a un mínimo en educación**, pero negar parcamente cualquier derecho a la subsistencia, al refugio o al cuidado médico”. (Subrayado nuestro).

¹²⁰⁵ TC, Exp. N°.1417-2005-AA, Fj., 34 y 37. Disponible: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html> (enero 2015).

¹²⁰⁶ *Suiza*: Schweizerisches Bundesgericht (Bger) Lausanne, II. Öffentliche Abteilung, 29. September 1995, EuGH 1996, p. 2. *Vid.* Arango, Rodolfo. *Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial*, en: *El Otro Derecho*, núm. 28, julio de 2002, Ed. Ilsa, Bogotá D.C., Colombia, p.105. Disponible: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-05.pdf> (marzo 2013).

¹²⁰⁷ Acórdão N° 509/2012, Processo n.º 615/12, 1ª Secção. Disponible: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120509.html>. (enero, 2014).

judicial según palabras de dicho autor¹²⁰⁸. Es el caso que casi inmediatamente después -ese mismo año-, conseguimos tal pronunciamiento del TCE. En ese fallo, para resolver los valores que estaban en juego con determinada carga impositiva por vía normativa; dicha alta Corte argumentó:

“(…) la dignidad humana se ha configurado por nuestro texto constitucional como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social al cual repugna «que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el **mínimo vital** del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución, y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales¹²⁰⁹”. (Resaltado nuestro).

En el caso de Venezuela, en cambio, la Sala Constitucional (de tendencia supuestamente progresista), desaprovechó entrar a desarrollar este punto del mínimo vital (atender un reclamo del «salario mínimo vital»), despachando la cuestión por motivos estrictamente procesales dicha acción colectiva¹²¹⁰. En todo caso, pasemos ahora a revisar las Cortes que, mucho antes, ya habían perfilado unas líneas maestras en la materia:

¹²⁰⁸ Cfr., Carmona Cuenca, Encarnación. *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la constitución española de 1978*, Estudios Internacionales, nro. 172, Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile, 2012, p.69. Disponible: <file:///C:/Users/VISTA/Downloads/23587-92112-1-PB.pdf> (noviembre 2014).

¹²⁰⁹ Tribunal Constitucional Español, Nro. 3534, Pleno, Sentencia 19/2012, de 15 de febrero de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 1046-1999. Disponible: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2012-3534.pdf> (febrero 2015).

¹²¹⁰ Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1369/2001, del 03 de agosto. Disponible: <http://historico.tsj.gOb.Cit.ve/decisiones/scon/agosto/1369-030801-01-0990.HTM> (febrero, 2015).

a. La jurisprudencia Alemana. El origen de esta cuestión.

Tal como quedó precisado en el punto anterior, la creación de esta categoría obedeció originalmente al Tribunal Contencioso Administrativo (secundado luego por el Tribunal Federal). La primera de esas cortes en el referido fallo BVerGE 1, 159 (160), razonó: “(...) Los lineamientos principales de la Ley Fundamental llevan a interpretar el derecho a la ayuda social en el sentido de que éste impone una obligación jurídica de ayuda al necesitado, y otorga a éste último el derecho subjetivo correspondiente¹²¹¹”.

Tiempo después, correspondió al Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) ampliar este concepto, cuando en sentencia BVerfGE 40, 121 (133) justificó la necesidad de una “(...) ayuda social para aquellos ciudadanos que se encuentran impedidos en su desarrollo personal y social debido a carencias físicas o espirituales. La comunidad estatal tiene en todo caso que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia digna¹²¹²”.

A partir de estos primeros intentos, el TCFA fue formulando más argumentos a favor de lo que se llamará el «contenido mínimo vital» de los derechos fundamentales, cuando en fallo BVerfGE 82, 60 (85), resolvió que el Estado, “está obligado, en caso de necesidad, a asegurar al ciudadano desprovisto de medios mediante el reconocimiento de prestaciones sociales”; y por tanto, no “(...) puede gravar al ciudadano en sus ingresos hasta el nivel de determinado monto –que a continuación será denominado el mínimo vital-”. En ese caso, se asumió que el llamado «mínimo vital» para toda la familia debería ser libre de impuestos, conforme a las obligaciones que surgen del principio Estado social de derecho¹²¹³.

Dentro de las cosas por demás de interesantes de tal creación jurisprudencial, no es solo el origen de tales “derechos”, lo que revela un cambio de

¹²¹¹ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, pp.49-50.

¹²¹² *Ob. Cit.*,...pp.51-52.

¹²¹³ *Ob. Cit.*,...pp.51-52.

paradigma en materia de racionalización del poder respecto a la determinación de los derechos (originalmente en manos del legislador); sino que además, constituye un hito en las relaciones o diálogos entre poderes; cuando tiempo después el propio poder legislativo “legisló” acerca del mencionado mínimo vital. La justicia crea la figura del mínimo vital; el legislativo actualiza cada determinado tiempo su cuantificación y la forma de proveerlo.

En vez del esperado *choque de trenes*¹²¹⁴ (como se llama en justicia constitucional el enfrentamiento de poderes); lo que hubo fue continuidad de la acción política incentivada por la práctica judicial.

b. La jurisprudencia de Colombia. Una Corte constitucional (bien) activista.

Previo a toda consideración, debe llamar a la reflexión el papel de esta Alta Corte frente a los datos estadísticos; pues como enseña Arango en uno de sus trabajos:

“En Colombia de las cerca de 1.200 sentencias proferidas anualmente por la Corte Constitucional, el 60% versan sobre derechos sociales fundamentales, y **las tutelas sobre derecho al mínimo vital son concedidas aproximadamente en un 80%**. A diferencia de sociedades ‘bien ordenadas’, donde las libertades se tienen como prioritarias frente a la igualdad, ya que las necesidades básicas de la población están aseguradas legislativamente, en los países del Tercer Mundo dicha relación se invierte:

¹²¹⁴ Esta expresión de común uso en justicia constitucional, se explica bien con Figueroa Gutarra: “El choque de trenes que produce la impartición de la justicia constitucional, cuando de por medio se producen aparentes invasiones de competencias con relación a diversos estamentos del Estado, y las incidencias que ello produce con respecto a la sociedad civil, nos lleva a plantearnos la línea valorativa de determinar si realmente existe la necesidad de ciertos ajustes en el ordenamiento jurídico constitucional y si las facultades interpretativas del Tribunal Constitucional, deben ser restringidas a un ámbito de legislador negativo en los procesos de control normativo, lo que de materializarse, incidiría de modo directo sobre las atribuciones interpretativas constitucionales de los jueces de la justicia ordinaria”. *Vid.*, Figueroa Gutarra, Edwin. *¿Límites a la justicia constitucional?* Academia de la Magistratura, Perú. Disponible: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/%C2%BFlimites-a-la-justicia-constitucional/>

los derechos sociales son tenidos como más importantes que las libertades públicas¹²¹⁵.” (Resaltado nuestro).

Tal práctica en el reconocimiento del mínimo vital data de 1992 hasta el presente; evidenciando el trabajo de una de las Cortes Constitucionales más prestigiosas –y activas- del orbe¹²¹⁶. A partir del reconocimiento de las dificultades propias de un país con tantas desigualdades sociales históricas (con un conflicto armado de más de 50 años); se plantea en razón de esa complejidad, la relación de los derechos de los ciudadanos, los órganos de representación y el proceso político. Bajo en esa lógica: “Esta pérdida de legitimidad de la política que se refleja en sus leyes, intenta a través de la virtualidad constitucional cobrar un dinamismo que en anteriores ocasiones no propició la discusión política¹²¹⁷”. Allí radica el activismo de la Alta Corte, no sin los problemas devenidos de la siempre cuestionada legitimación de la justicia constitucional; tema que como hemos advertido, desbordan los objetivos acá planteados.

Para entender la manera en que esta Corte ha logrado consolidar la idea del derecho al mínimo vital en materia de derechos sociales; conviene entender primeramente cómo se asume tal comportamiento frente a la cláusula del Estado social de derecho que predica su fórmula constitucional en el artículo 1º. Partiendo de las contradicciones propias del «Estado de derecho» frente al «Estado social» y de esa tensión, se viene a realizar toda una argumentación para la efectividad de los derechos plasmados en la Carta política. Porque si bien los órganos políticos mantienen sus áreas de acción y discrecionalidad allí donde les corresponda, existe una nueva dinámica desde el planteamiento de la Constitución y su valor

¹²¹⁵ Arango, Rodolfo. *Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial*, en: *El Otro Derecho*, núm. 28, julio de 2002, Ilsa, Bogotá D.C., Colombia, p.115. Disponible: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr028/elotrdr028-05.pdf>

¹²¹⁶ Mezzetti, Luca. *La protección de los derechos sociales. Entre cortes constitucionales nacionales y cortes supranacionales*, en: *Derecho Procesal Constitucional*, E. Velandia Canosa (Dir.), Universidad Santo Tomás, Ed. Legis, Colombia, 2015, p.458.

¹²¹⁷ Torres Ávila, Jheison. *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*, Ed. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2012, p.107.

normativo dentro del sistema de fuentes y con ello, la exigibilidad de los derechos, lo cual “no significa, desde luego, que los poderes constituidos no gocen de márgenes aceptables de decisión que permitan desplegar las acciones pertinentes para el logro de los fines constitucionales”; solo que, se plantea una nueva dinámica desde los conceptos «Estado de derecho», «Estado social» y «democracia¹²¹⁸».

Por consiguiente, la Corte Constitucional aunque consciente de la importancia que suscita “la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático”; también reconoce los problemas del régimen de representación y la legalidad “formal¹²¹⁹”. En consecuencia, explica que la cláusula Estado social se despliega en dos direcciones por los valores de la Carta política; en donde para lograr sus objetivos; precisamente sostiene su carácter prestacional en materia de derechos sociales; y con ello, la “participación” de los ciudadanos en la definición de las ideas del bienestar (que no se logra por los cauces “normales” del proceso político). **Lo social entonces adquiere un verdadero “valor” fundamental dentro del Estado y sus fines; que no simple principio orientador de la agenda política.** Sobre esta cuestión, viene a justificar dicha Corte desde 1992:

“Si bien la noción del Estado social de derecho gobierna toda la actuación de todos los operadores jurídicos, en el caso que nos ocupa ella está dirigida muy específicamente a la relación del Estado con sus servidores; dentro de él, el poder político está sujeto a un marco axiológico completo, establecido por la Constitución, cuyo fundamento es la dignidad humana¹²²⁰”.

Con ese “telos” valorativo en que se compone la Constitución, dice Torres Ávila:

“El esfuerzo de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales es entonces doble porque no solo debe crear una teoría de derechos que rompa con el orden del viejo Estado decimonónico, sino que además se involucra en una clara lucha política por el cumplimiento de su deber, pues la

¹²¹⁸ *Ob. Cit.*, p.109.

¹²¹⁹ C-566. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. *Ob. Cit.*, p.111.

¹²²⁰ C-479. Magistrado ponente: Alejandro Martínez, José Gregorio Hernández. *Ob. Cit.*, p.108.

Constitución en este sentido se encuentra abiertamente enfrentada a los planes de desarticulación de las funciones del Estado¹²²¹”.

Teniendo en cuenta lo que expresa Torres Ávila que sin los derechos sociales –en el caso colombiano- el Estado social se convierte en una fórmula vacía¹²²²; se tiene precisado en ese sentido la manera en que esa Corte interpreta la cláusula Estado social de derecho [como una fórmula llena de contenido] y cuya materialidad deriva de valores y principios que fundan ese Estado¹²²³. Así, es posible entender los argumentos asumidos sobre el cómo se concretó en su jurisprudencia el *derecho fundamental del mínimo vital*. En ese origen, la Corte Colombiana mediante control abstracto de la constitucionalidad (sobre normas legales demandadas) si bien convalida la facultad impositiva del Estado (para establecer un valor agregado a ciertos productos), “declara la inconstitucionalidad del establecimiento de un impuesto indiscriminado del 2% para todos los bienes y servicios de primera necesidad”; argumentando que se violaría el derecho fundamental al mínimo vital, “que busca garantizar que la persona, centro del ordenamiento jurídico, no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean. Tal derecho protege a la persona, en consecuencia, contra toda forma de degradación que comprometa no sólo su subsistencia física sino por sobre todo su valor intrínseco¹²²⁴”.

En esta materia, tal como explica Arango: “La Corte reconoce que el legislador tiene una amplia facultad de configuración normativa en materia tributaria, pero advierte que el ejercicio de la misma debe hacerse dentro de los límites constitucionales”; sobre todo, al afectar con ciertas decisiones legislativas a las personas que se encuentran en condiciones más desfavorables¹²²⁵. Solo a título

¹²²¹ Torres Ávila, J. *El mandato del Estado social...*, p.109.

¹²²² *Ob. Cit.*, p.111.

¹²²³ *Ob. Cit.*, p.117.

¹²²⁴ Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales...*, pp.213-214.

¹²²⁵ *Ob. Cit.*, p.215.

informativo, en este caso que se viene narrando, aparece dentro de los bienes que serían gravables por la acción legislativa (luego anulada por inconstitucional), cierta lista de alimentos y además *implementos propios para la educación (tales como cuadernos escolares y lápices*¹²²⁶).

Por último, hay otro caso clave relacionado con los razonamientos que hizo la Corte sobre el «derecho a la educación como derecho fundamental», pues en las propias expresiones de Arango, el alcance de sus exigencias es “grande”; situándose parte de este debate si se podría estar el derecho a *un cupo*¹²²⁷ –o plaza-. Adicionalmente, también sobre el tema educativo, la Corte resolvió la situación en que se encontraban los miles de personas desplazadas de sus zonas en virtud del conocido conflicto armado¹²²⁸ [analizada la situación de “urgencia” de los menores de edad], situación que llevó a “los jueces reconocer la vulneración objetiva de derechos fundamentales, entre ellos el de la educación, y ordenar medidas de discriminación positiva para garantizar el goce de sus derechos”; basado en el reconocimiento de que “existen ciertos derechos mínimos de la población desplazada que deben ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades...¹²²⁹”.

Como consecuencia de estas circunstancias narradas, la Corte Constitucional en su sentencia T-356 de 2001, reconoce que “[l]a obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su **acceso a la educación** a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas¹²³⁰” (Resaltado nuestro).

Lo expuesto es demostrativo de lo que ha sido capaz la Corte en llevar al extremo la “defensa” del derecho fundamental al mínimo vital, partiendo de las premisas antes expuestas.

¹²²⁶ *Ob. Cit.*, p.214. Nota de pie de página del autor.

¹²²⁷ *Ob. Cit.*, p.224.

¹²²⁸ *Ob. Cit. Cit.*, p.224.

¹²²⁹ *Ob. Cit.* p.225.

¹²³⁰ *Ob. Cit.*, p.225.

c. La jurisprudencia de Brasil. El activismo de los jueces ordinarios junto al Tribunal Federal.

En ese país latinoamericano se ha suscitado un intenso debate a nivel académico sobre el tema de hasta donde deberían estar previstos los límites al activismo judicial. Es prolija la bibliografía existente; pero de todas las consultadas, citaremos las más relevantes. Para alguna parte de la doctrina ha habido una evolución *sin criterio* en la aplicación de la categoría del mínimo existencial en su jurisprudencia, desde negar la aplicabilidad de demandas sobre derechos subjetivos; hasta conceder *indiscriminadamente* tales tutelas¹²³¹. Los casos más paradigmáticos son principalmente en el derecho a la salud¹²³² (o, *Direito o saúde*), en donde se divide la opinión respecto del (excesivo) activismo judicial y sus límites (reserva de lo posible, principio de legalidad y separación de poderes entre otros argumentos); muchas veces superados por la interpretación en favor de las tutelas demandadas¹²³³.

También sobre el derecho a la educación; constan ciertos casos en donde se relaciona el derecho al mínimo vital y el derecho de acceso a la educación. Resulta primordial por ejemplo la causa distinguida ADPF n° 45, “que involucran el derecho fundamental de los niños de hasta cinco años de edad en tener el acceso a la educación infantil a través de guarderías y institución preescolar, según previsto en el art. 208, IV de la Constitución Federal”. Entre los argumentos del fallo, el Estado está en:

“la obligación constitucional de crear condiciones objetivas que posibiliten, de manera concreta, a favor de los ‘niños de cero a seis años de edad’ (CF, art. 208, IV), el efectivo acceso y atendimento en guarderías y en unidades de escuelas preescolares’, ubicadas fuera de la esfera de discrecionalidad de

¹²³¹ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas*, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, nro.1, vol.1, Santa Fe, 2014, p.127.

¹²³² Sobre este aspecto: Wolfgang Sarlet, Ingo y Figueiredo, Mariana. *Reserva de Possível, Mínimo Existencial e o Direito à Saúde: algumas aproximações*. Direitos Fundamentais & Justiça, nro.1, Porto Alegre, 2007, pp.171-213.

¹²³³ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial...*, p.127.

la Administración Pública la decisión en relación con la prestación o no de este servicio público¹²³⁴”.

En el mismo trabajo se menciona otro caso, donde “involucrando la misma temática del derecho fundamental a la educación básica, y siguiendo la misma línea de las decisiones anteriores, el Supremo Tribunal Federal, en un fallo de la Segunda Sala (también de relatoría del Min. Celso de Mello), desarrolló más profundamente la fundamentación basada en el mínimo existencial para conceder el derecho postulado”. En ese orden de ideas, el fallo en cuestión “afirmó expresamente que la reserva de lo posible no puede ser un obstáculo para la satisfacción judicial de las prestaciones abarcadas por el mínimo existencial. El fundamento utilizado para identificar el derecho al mínimo existencial, considerado como una verdadera barrera al argumento de la escasez de recursos, fue el principio de dignidad de la persona humana¹²³⁵”. En ese fallo en referencia, comenta que el Supremo Tribunal Federal haciendo valer el valor del precedente vinculante anterior, sostuvo:

“La noción de “mínimo existencial”, que resulta, implícitamente, de determinados preceptos constitucionales (CF, art. 1º, III, y art. 3º, III), comprende un complejo de prerrogativas cuya concreción se revela capaz de garantizar condiciones adecuadas de existencia digna, para asegurar, a la persona, el acceso efectivo al derecho general de libertad y, también, a las prestaciones positivas originarias del Estado, que viabilizan la plena fruición de derechos sociales básicos, como el derecho a la educación,...¹²³⁶”.

Especial mención se debe al fallo judicial proferido en instrumento n° 564.035¹²³⁷: “El caso involucraba una pretensión jurídica de acceso gratuito a la enseñanza fundamental en una escuela pública, ante la denegación del pedido de matrícula por el Municipio¹²³⁸”. Allí, amparándose en la dignidad humana, “la

¹²³⁴ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial...*, p.129

¹²³⁵ Wunder Hachem, Daniel. *Mínimo existencial...*, p.130.

¹²³⁶ *Ob. Cit.*, p.131

¹²³⁷ *Ob. Cit.*, p.131.

¹²³⁸ *Ob. Cit.*, p.131.

Ministra afirmó que la negativa de una plaza representaba la violación del mínimo existencial¹²³⁹”.

En el referido pronunciamiento, concretamente se argumentó:

(...) “la educación compone el mínimo existencial, de atendimento estrictamente obligatorio por el Poder Público, de él no pudiendo eximirse ninguna de las entidades que ejercen las funciones estatales. El mínimo existencial afirma el conjunto de derechos fundamentales sin los cuales la dignidad de la persona humana es confiscada”.

Para Wunder Hachem: “La situación no traía mayores dificultades, ya que en el caso del acceso a la educación fundamental, la Constitución afirma expresamente en el art. 208, I y §1º tratarse de un derecho público subjetivo¹²⁴⁰”. Finalmente, existen otras sentencias relacionadas con el acceso a la educación como derecho fundamental y el contenido mínimo vital¹²⁴¹, en donde más o menos se viene a repetir la fundamentación central citada.

Queda evidenciado así, la manera en que la jurisprudencia fue desarrollando dicha figura, forzando los límites convencionales en materia de los derechos sociales (porque implican verdaderas erogaciones estatales)

5.2. El derecho fundamental a un mínimo vital o existencial su replanteamiento en el derecho a la educación gratuita.

En un eventual ejercicio hipotético acerca de la manera de racionalizar el contenido mínimo o vital sobre el derecho a la educación, si fuere posible, es conveniente citar a Wunder Hachem quien refiriéndose a De Barcellos sostiene que “el mínimo existencial abarca solamente las prestaciones referentes a la llamada ‘educación básica’, entendida por la Constitución como obligatoria y gratuita¹²⁴²”.

¹²³⁹ *Ob. Cit.*, p.131.

¹²⁴⁰ *Ob. Cit.*, p.131.

¹²⁴¹ *Ob. Cit.*, p.131.

¹²⁴² *Ob. Cit.*, p.110.

Si bien en una primera lectura tal afirmación resultare imprecisa, viene a completar después este tema (prestaciones referentes a la educación básica); fijando unos parámetros que nos convence y que en definitiva refuerzan la posición de la tesis que acá se defiende. Bajo ese criterio, basado en el “contenido del mínimo existencial, el individuo **podrá exigir judicialmente el acceso gratuito a una plaza en una escuela pública**, en los tres niveles educacionales que componen la ‘educación básica¹²⁴³’”. (Subrayado nuestro). En España se ubica algún paralelismo en Gavara de Cara, cuando refiriéndose a la existencia de un «mínimo de existencia», encuentra (i) la garantía de plazas escolares gratuitas, (ii) el ingreso o acceso a instituciones públicas, (iii) la configuración de estructuras organizativas y procedimentales para ejercer derechos¹²⁴⁴. Dichas exposiciones concuerdan en identificar como mínimo de existencia o vital, *el derecho a una plaza –o cupo- que se manifiesta como esencia (vital) del acceso a la educación gratuita*; cuestión con la que vamos a coincidir.

Entonces, si puede deducirse como mínimo vital en esa perspectiva el derecho a una plaza/cupo; cabe preguntarse, ¿cómo entonces puede negarse que ese derecho “mínimo” se encuentre descrito por el propio constituyente (sin apelar a teorías argumentativas ni discursivas)? Evidentemente que si se puede describir desde el propio texto tal contenido mínimo. Se explica por los efectos de la creación jurisprudencial del mínimo existencial -o vital-; asunto que ha motivado un intenso trabajo en el campo de la ciencia jurídica. Entonces, en virtud de la periodicidad de determinadas prestaciones, existe certeza de que el legislador actualice (complete) tales contenidos, teniendo como referente la Constitución (ya no como simple marco de opciones); sino *a partir de su contenido expreso mínimo*.

De manera que, si ese marco constitucional tuviere un contenido mínimo ya expreso (como nuestra propuesta del mínimo constitucional del derecho a la

¹²⁴³ *Ob. Cit.*, p.110.

¹²⁴⁴ Gavara de Cara, Juan C. *La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales*, en: Teoría y realidad constitucional, UNED, nro.20, España, 2007, pp.312-313.

educación gratuita), ayudaría a aquel legislador en actualizar unos derechos *más allá del básico* (verdadero núcleo constitucional) y no el que éste diga que lo es.

CAPÍTULO QUINTO.

RELACIONES ENTRE LEGISLADOR CONSTITUYENTE Y EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO.

1. LAS CONSTITUCIONES «ABIERTAS» O «AL DETALLE» FRENTE A LOS CONTENIDOS MÍNIMOS PRESTACIONALES. ¿LEGISLADOR VS. CONSTITUYENTE?

Partiendo del supuesto que “los derechos constitucionales son mandatos a los poderes públicos que requieren una política positiva de derechos¹²⁴⁵”; quedará por dilucidar cuál será el tipo de rol conforme al tipo de mandato. Ergo, si *se quiere* un mandato abierto (que estime mayor discrecionalidad en los mandatarios –en nuestro caso, principalmente frente al legislativo-); o, si en cambio, se prefiere tener un mandato más específico (acotado), para darles menos margen de maniobra a los mandatarios; en este caso, que el legislador sólo pueda ir más allá de lo explícitamente regulado en dicho mandato. Este punto constituye otro de los aspectos densos y problemáticos en el campo de los contenidos de los derechos fundamentales. Habría que indagar las aportaciones que traería al debate contar con determinado tipo de Constituciones («abierta o cerrada»/«al detalle»); para determinar si existe o no alguna diferencia en razón de sus consecuencias frente al legislativo en pro de los derechos fundamentales; o si en cambio, aquel siempre tendrá la misma libertad de configuración. En principio, no habría contradicción alguna en señalar que en cada carta política haya tanto normas de apertura como normas de clausura (detalladas); dependiendo de la dinámica político-constitucional de cada país.

Sobre este aspecto Fernández Segado opina, que “la libertad de configuración de que goza el legislador a la hora de desarrollar las previsiones

¹²⁴⁵ Citado por Tajadura Tejada, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI*, en: *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2003, p.432.

constitucionales conoce de grados diferentes en función de las propias determinaciones plasmadas por el constituyente en el texto fundamental¹²⁴⁶”.

De esta manera, sigue Rubio Llorente -citado por Acuña Llamas-: “La redacción del texto normativo constitucional, en ocasiones, **las más frecuentes configuran la definición o delimitación directa del derecho fundamental**; otras veces la definición es indirecta; en estos casos la norma constitucional apodera al legislador a culminar la definición presupuesta en la norma superior¹²⁴⁷”. (Negrillas nuestras).

La afirmación primera es demostrativa que es posible (en razón de su factibilidad) que la propia Constitución prescriba (al detalle) los contenidos de derechos (que es lo que dicho autor llama delimitación directa). Implica no pocas consecuencias, si se dice además adelante, que otras veces la definición sería indirecta al habilitar al legislador hacer tal cometido. En el mismo tenor, enfatiza Prieto Valdés que el texto constitucional detallado se correspondería con la noción de la Constitución como límite a poder; esto es, “predefinir para garantizar la existencia de espacios reservados en defensa de un grupo de valores esenciales”; porque permite “fijar jurídicamente las bases de la actuación parlamentaria (posibilitando así la prevalencia de la voluntad constituyente sobre la constituida)”. Este modelo permite limitar la actuación de los operadores en materia de derechos.

Al contrario, las Constituciones abiertas “ofrecen mayor libertad para la actuación de los órganos estatales”; estimulando las alternativas políticas (dada la ambigüedad de sus preceptos), esto es, “que sean sus intérpretes los que adecúen o

¹²⁴⁶ Fernández Segado, Francisco. *El estado social de derecho y el control en sede constitucional de las omisiones legislativas*, en: Anuario de Derecho Procesal Constitucional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2010, p.340.

¹²⁴⁷ Acuña Llamas, Francisco J. *El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección*, en: Derechos fundamentales y Estado, M. Carbonell (Coord.), Instituto de Investigaciones jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, México, 1ª ed., 2002, p.46.

creen la norma conforme a las condiciones cambiantes¹²⁴⁸. Se está ante dos perspectivas perfectamente posibles. No hay normas constitucionales abiertas o detalladas buenas y malas.

En alguna medida se habla acá de «constituciones sumarias» -para referirse a las cerradas o poco flexibles- frente a las «constituciones desarrolladas» -para referirse a las detalladas-; siendo éstas últimas aquellas que incorporan reglas detalladas más propias de la legislación ordinaria¹²⁴⁹. En orden de estas preferencias, muchos autores protestan la idea que la Constitución contenga en “detalle” un catalogo de derechos, bajo la ya conocida legitimación de los órganos políticos en ese distingo/función (que el legislador es el mejor preparado para tal empresa y se actualicen los contenidos en las generaciones futuras según las dinámicas políticas). Sin entrar en un debate innecesario; contestamos que ciertas constituciones como por ejemplo, la brasilera de 1988 y la italiana de 1947 desarrollan de manera minuciosa el contenido de los derechos sociales¹²⁵⁰. Revela que no es absolutamente cierto que *no se pueda* discriminar algunos contenidos mínimos de derechos; ni mucho menos que *no se deba* detallarlos.

El otro cuestionamiento a las Constituciones en detalle es que los contenidos de derechos puedan variar en el tiempo. Bajo ese pretexto, para Aguilar Cavallo “se requiere una Constitución abierta y evolutiva porque las exigencias sociales, que representan **mínimos vitales**, evolucionan¹²⁵¹”; frente a la Constitución “rígida”

¹²⁴⁸ Prieto Valdés, Martha. *La constitución y el poder, y el poder de la Constitución*, en: Visión Iberoamericana del tema constitucional, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2003, p.246.

¹²⁴⁹ Rivas Quintero, Alfonso. *Derecho constitucional*, 6ª ed., Ed. Andrea, Valencia, 2009, p.135.

¹²⁵⁰ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho, Miguel Ángel Porrúa Editor, México, 2011, p.99.

¹²⁵¹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. *¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones?*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, pp.206.

(a la que se refería Ferreres Comella¹²⁵²). Se acota que cuando en este trabajo se hable de constituciones *abiertas o flexibles* frente a constituciones *cerradas o al detalle*, en estas últimas, puede ocurrir que en alguna oportunidad se refiera también a constituciones *rígidas* (advertencia que se hace para no confundirse a aquella categoría especial respecto a los procedimientos de reforma a los que alude la doctrina del siglo pasado¹²⁵³). Hecha la aclaratoria, quienes defienden las Constituciones abiertas/flexibles, sostienen que las generaciones futuras no deben quedar “ligadas” de una forma (obligadas) por las generaciones anteriores y por consecuencia, tengan la oportunidad (fórmulas) de revisar **la forma en que se conciben los derechos en el texto Constitucional**; como puntualiza Ferreres Comella:

“si la Constitución rígida expresara los derechos y libertades a través de cláusulas detalladas (específicas) y categóricas (no sujetas a excepciones implícitas), le resultaría mucho más difícil obtener el apoyo de las diversas generaciones a lo largo del tiempo. Pues el carácter detallado y categórico de las cláusulas aumentaría el riesgo de que las generaciones futuras estuvieran en desacuerdo con lo dispuesto en ellas¹²⁵⁴”.

Es decir, mientras más rígida (cerrada o al detalle) sea la norma constituyente, menor será el margen de maniobra de los operadores políticos, especialmente por el legislador; de forma que, al contrario, las cartas políticas abiertas serían más flexibles a éste. Precisado lo anterior, en el caso español, siguiendo a Cotino Hueso, tenemos que su Constitución “no fija el objeto de la prestación educativa en forma categórica o no determina la condición de aplicación del derecho, dejándolo abierto y correspondiendo al legislador y los poderes

¹²⁵² Ferreres Comella, Víctor. *Una defensa de la rigidez constitucional*, en: La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, P. Navarro y M. C. Redondo (Coords.), Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, 1ª ed., Barcelona, 2002, p.230.

¹²⁵³ Específicamente como precisa en la obra de Bryce, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, 1963, citado por: De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Temas claves de la constitución española, Ed. Tecnos, 6ª impresión, Madrid, 2007, p.40 y p.50.

¹²⁵⁴ Ferreres Comella, Víctor. *Una defensa de la rigidez...*, p.231.

públicos la forma de realización efectiva del derecho o mandato constitucional¹²⁵⁵”. Al contrario, en el caso venezolano, en palabras de Peña Solís “el legislador está impedido de establecer discrecionalmente condiciones de acceso a la educación”; ya que aunque se trata de un derecho de configuración legal de la forma en que está regulado en la CRBV, “su núcleo esencial constituido por el acceso a la educación –aparece casi totalmente acotado– pudiera decir reglamentado- por la propia Constitución¹²⁵⁶”. Según parece, la CE es una carta política abierta con (mayor) preferencia en el legislativo; la CRBV es una carta política al detalle en torno al contenido y donde el legislativo tiene (menor) rango de acción.

En función de esa tipología, es interesante ahora precisar las consecuencias que traería frente al establecimiento de unos contenidos mínimos de derechos. Hay dos ideas en ese sentido. Para el sector que defiende el contenido esencial, por ejemplo, “no es admisible de manera alguna someter a las generaciones futuras a un concreto «contenido esencial» propio de un período determinado, porque las transformaciones ético-sociales fuerzan nuevas concepciones de los «contenidos esenciales¹²⁵⁷»”. Al contrario, para Moderne a pesar de estar de acuerdo con la actividad de los órganos políticos, prefiere la existencia de unos contenidos mínimos “siempre” (independientemente de las mayorías coyunturales).

En ese orden, defiende que las relaciones entre el Estado social y el pluralismo político (democracia) “merecerían ser aclaradas en la teoría política y jurídica contemporánea¹²⁵⁸”. En ese orden, postula **que determinadas políticas sociales sean posibles (siempre) independientemente de la orientación**

¹²⁵⁵ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p.113.

¹²⁵⁶ Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Manuales universitarios, Ed. Paredes, Caracas, 2014, p.187.

¹²⁵⁷ Rodríguez Calero, Juan M. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español*, Revista Frónesis, vol. 9, núm.1, Zulia, Venezuela, 2002, p.40.

¹²⁵⁸ Moderne, Franck. *¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?*, en: *Derechos fundamentales y Estado*, M. Carbonell (Coord.), Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, serie Doctrina jurídica, núm.96, México, 1ª ed., 2002, p.519.

de la acción pública según la mayoría que alcance el poder¹²⁵⁹. Resulta interesante la posición que postula; al defender que a través de la fórmula Estado social se preserve –explica- “un núcleo duro, un contenido mínimo” frente a la mayoría encarnada por el poder legislativo¹²⁶⁰.

Frente a las preferencias que las Constituciones abiertas sean mejor que las cerradas o al detalle; y frente a las objeciones que se hacen sobre la variabilidad de los contenidos de los derechos que facilitaría su materialización las primeras; tenemos una postura: La primera cuestión se responde al negar que exista imposibilidad (material) que puedan los textos constitucionales establecer (en detalle) una serie de contenidos que por básicos; sean “protegidos” por ella misma (explícitamente) y no por vía de “deducción” por los órganos de legitimación política (antes que cualquiera) por los órganos judiciales (después). Los casos de las constituciones en “detalle” de Brasil, Italia e incluso Venezuela, demuestran que se puede superar este primer escollo. La segunda de estas cuestiones respecto que todo derecho evoluciona, aún reconociendo dicha variabilidad, cuestionamos si la misma volatilidad se consigue con su mínimo “constitucionalmente” protegible.

Es normal que se piense que la progresividad de los derechos sociales impliquen ampliar márgenes (externos); pero es probable que sus mínimos contenidos en la base (constitucional) estén allí aún estables. Al menos en el caso del derecho a la educación, estamos en favor de que la propia Constitución defina y delimite sus contenidos mínimos prestacionales para garantizar firmemente el acceso; ello en virtud reducir la “discrecionalidad del legislador al imponerle desde la Constitución soluciones detalladas y rígidas¹²⁶¹”. En este campo no está cerrado el debate y que cualquier planteamiento se justifica a favor o no del legislador o a favor o no del constituyente; en cuanto a la posibilidad de *acotar unos contenidos mínimos*.

¹²⁵⁹ Moderne, *Ob. Cit.*, p.519.

¹²⁶⁰ *Ob. Cit.*, p.519.

¹²⁶¹ Leáñez Sievert, Carlos. *La función legislativa nacional*, en: Visión iberoamericana del tema constitucional, Fund. Manuel García-Peláyo, Ed. Exlibris, Caracas, 2003, p.559.

1.1. El protagonismo del legislador.

La importancia que tiene el legislador democrático en la concepción misma del Estado de derecho como representante de la soberanía popular¹²⁶², es tanto, como la que tiene en el desarrollo del Estado social¹²⁶³. De este modo, la perpetuación del poder constituyente se hará a través del legislador¹²⁶⁴. Es la forma en que se ha venido diseñando (desde el Estado liberal) la férrea creencia en la legitimidad democrática no solo por el modo de racionalizar el poder; sino especialmente, por las funciones que le han sido encomendadas a este poder desde el “diseño” y “desarrollo” de los derechos en general, en especial en materia de los derechos fundamentales.

Dentro del principio democrático, es innegable “la posición de privilegio ocupada por la ley en el ordenamiento¹²⁶⁵”; y a partir de allí surge toda una evolución en grado de sus competencias desde el Estado liberal hasta el Estado constitucional de derecho y su *nueva dimensión legislativa*. En ese caso, se sigue con Barceló Rojas, que la “procura existencial de los individuos dentro del Estado social de derecho debe ser encauzada, por el Congreso y el Presidente, a través del instrumento clásico del Estado de Derecho: *la ley*¹²⁶⁶”. La ley se contiene así como

¹²⁶² Destacan las menciones que el Tribunal Constitucional Español ha proferido al legislador como “representante de cada momento histórico de la soberanía popular (fallo del 8 de abril de 1981, en recurso de inconstitucionalidad 192/1980); otra vez, como “órgano legislador soberano” (fallo del 19 de julio de 1992, sentencia 51/1992). Cfr., Jiménez Campo, Javier. *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, número 9, sept-dic., España, 1983, p.104.

¹²⁶³ Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, Madrid, 2010, p.151.

¹²⁶⁴ Porras Nadales, Antonio J. *Introducción a una teoría del estado postsocial*, promociones y publicaciones universitarias (PPU), Apuntes sobre constitución y política, 1998, p.186.

¹²⁶⁵ Bastida, Francisco J. y Requejo, Juan L. *Cuestionario comentado de Derecho Constitucional*. El sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional, Ariel derecho, 2ª ed., Barcelona, 1999, p.101.

¹²⁶⁶ Barceló Rojas, Daniel. *El poder de dirigir. La dirección política en el sistema presidencial mexicano*, en: El control del poder, tomo I, Biblioteca peruana de Derecho Constitucional, P. Häberle y D. García Belaúnde (Coords.), nro.38, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2012, p.317.

expresión propia del Estado de derecho. Según Wunder Hachen, la preponderancia del poder legislativo en el diseño de los derechos fundamentales es:

“propia de la racionalidad vigente en la Europa continental del siglo XIX, en la que la protección de los derechos fundamentales se resumía en el respeto al principio de legalidad por parte de la Administración. La garantía de los derechos fundamentales se situaba en la existencia de una ley reglamentaria,... no había una vinculación directa del legislador al contenido del texto constitucional...¹²⁶⁷”.

El Parlamento asume un protagonismo indiscutible¹²⁶⁸, de modo que no hay dudas del papel que reviste el legislador en procura del “disfrute” de los derechos fundamentales; a partir de lo cual se conviene con Gavara de Cara:

“la vinculación de la ley a los derechos fundamentales es la más importante de las de carácter subjetivo, no solo por el hecho de que la ley constituye la forma principal de desarrollo y concreción de los derechos fundamentales, sino debido a las repercusiones que puede ocasionar en la actividad de los otros poderes públicos y en el alcance de su vinculación jurídica...¹²⁶⁹”.

Debido a ese rol, se le llama el “legislador de los derechos fundamentales¹²⁷⁰”, en buena medida porque así comenzó a racionalizarse el poder frente a la materialización de los derechos sociales. Al principio es conocida la posición de Försthöff sobre la idea que los derechos sociales deben ganarse en la lucha política y consagrarse legislativamente (ya que ellos implican el acceso a los recursos de la sociedad, aspecto relacionado con la distribución de la riqueza¹²⁷¹).

¹²⁶⁷ Wunder Hachen, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas*, en: Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, nro.1, vol.1, Santa Fe, 2014, p.95.

¹²⁶⁸ Tajadura Tejada, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional*, en: Visión iberoamericana del tema constitucional, Fund. Manuel García Pelayo, Ed. Ex-libris, Caracas, 2003, p.434.

¹²⁶⁹ Gavara de Cara, Juan C. *La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales*, en: Teoría y realidad constitucional, UNED, nro.20, España, 2007, p.279.

¹²⁷⁰ Cruz Villalón, Pedro. *Derechos fundamentales y legislación*, en: Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto, U. Gómez Álvarez (Coord.), Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, España, 1993, p.423.

¹²⁷¹ *Cit.* por Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Universidad Nacional de Colombia, 1ª ed., Colombia, 2005, p.143.

Al mismo tiempo, también Sachs resalta la libre configuración legislativa en la consecución de tales metas estatales¹²⁷². En la misma dirección empuja Benda, quien respecto a los derechos sociales argumenta la existencia de una serie de contenidos mínimos necesarios desde el legislador¹²⁷³. La relación de ley y Estado se entendía tan intensa durante el apogeo del estado de derecho, que “puede hablarse de un Estado legislativo en que el Derecho y la Ley eran lo mismo¹²⁷⁴”.

El paso del Estado legislativo al Estado constitucional, presupone el carácter normativo de la Constitución¹²⁷⁵; en virtud de lo cual ha habido una interesante mutación del carácter omnipotente del legislador¹²⁷⁶; a un legislador con límites (Constitución normativa, control judicial de los actos legislativos y también por sus omisiones). Pero aún con esa nueva condición (de la Constitución normativa) no le ha restado la importancia que se predica en su labor “democrática” de desarrollar los contenidos constitucionales. De un estado abstencionista –Estado mínimo¹²⁷⁷–, se pasó a un estado interventor¹²⁷⁸ del mismo modo que la dinámica de expansión del Estado social afectó la naturaleza misma de la legislación¹²⁷⁹. Esa labor del

¹²⁷² Cit. Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales...*, p.96.

¹²⁷³ Benda, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*, en: Manual de Derecho Constitucional (Obra Colectiva), Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p.533

¹²⁷⁴ Lancheros-Gámez, Juan C. *Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*, en: Díkaion, Neoconstitucionalismo y Teoría Política, Revista de fundamentación jurídica, año 23, núm.18, Universidad La Sabana, Chía, Colombia, 2009, p.24.

¹²⁷⁵ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismos y derechos colectivos*, Ed. Ediar, Argentina, 2005, pp.12, 13

¹²⁷⁶ Tanto, que alguna vez se le atribuyó un *poder mágico* “que rectificaría todas las iniquidades de la historia”. Cfr., García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Thomson Civitas, Cuadernos Civitas, Reimpresión, Madrid, 2006, p.31.

¹²⁷⁷ Cfr., Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

¹²⁷⁸ Vid., Mascareño, Carlos. *Evolución de las políticas públicas: desde el surgimiento del Estado social hasta su crisis*, en: Políticas públicas siglo XXI: caso venezolano, C. Mascareño (Coord.), temas de docencia, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, reimpresión, 2010, p.5

¹²⁷⁹ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de bienestar y Constitución*, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm.1, sept-dic., España, 1988, p.133.

poder legislativo (sobre todo en relación a los derechos corte social¹²⁸⁰); lo llevará a compartir con una multiplicidad de intérpretes¹²⁸¹.

Siendo la cláusula del Estado social ante todo un mandato al legislador a quien corresponde *definir* la política del Estado social y democrático de Derecho¹²⁸²; se reconoce su primacía en concreción de las cláusulas sociales¹²⁸³; por lo tanto, depende de éste el *éxito* del Estado social¹²⁸⁴. En el caso de la CE, siendo una Constitución abierta, depende en buena medida del papel del legislativo por las múltiples remisiones al desarrollo a través de leyes orgánicas, en virtud de lo cual, se trataría de un legislativo sui generis, en constante trabajo constituyente¹²⁸⁵. En Venezuela, la propia Exposición de Motivos expone el papel del legislador como mediador de esos derechos sociales¹²⁸⁶. Es evidente que la actuación del legislador frente a la Constitución no es la única consecuencia, al verificarse también la relación de aquel con los derechos humanos, confirmándose con Von Bernstorff, la necesaria concordancia de la actuación legislativa de las garantías constitucionales y de los tratados internacionales¹²⁸⁷.

¹²⁸⁰ Joachim Faller, Hans. *Alcances y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año3, núm.7, ene-abr., España, 1983, p.42.

¹²⁸¹ En este sentido, Haberle se refiere a la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. *Vid.*, (i) Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001, pp.149 y ss. También, en (ii) Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, UNAM, Fondo Editorial, México, 2003, p.162 y 163.

¹²⁸² Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, Madrid, 2010, p.151.

¹²⁸³ Barcellona, Pietro y Cantaro, Antonio. *El Estado social entre crisis y reestructuración*, en: Derecho y economía en el Estado social, J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Edits.), Madrid, 1988, p.59.

¹²⁸⁴ Canosa Usera, Raúl. *Constitución y ambiente*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p.105.

¹²⁸⁵ Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel Ciencia Política, Ed. Ariel, 6ª ed., Barcelona, 1980 [4ª reimpresión 1988, Colombia, 1993], p.514.

¹²⁸⁶ Exposición de Motivos, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm> (febrero, 2015).

¹²⁸⁷ Von Bernstorff, Jochen. *Protección del contenido esencial de los derechos humanos*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor

1.2. Pérdida de la centralidad política (reviviendo las ideas de Rosanvallon, Barcellona y Cantaro).

Si la evolución del Estado ha visto distintas etapas, y con ello iguales cambios acusan sus elementos o valores legitimantes, por obvio, de igual forma se verán afectados sus agentes legitimados. La crisis de legitimación no es nueva, ha estado presente a lo largo de su historia según se constata en diversas teorías políticas¹²⁸⁸. A la par de la crisis del sistema estatal y de la crisis de la democracia misma mucho después, ya dentro del propio Estado social –a los que algunos también califican en crisis-, se ha propugnado alguna crítica a la centralidad política parlamento-gobierno, sobre todo respecto a las metas (en razón de su incumplimiento) en materia de derechos sociales.

Sobre el régimen de representación, se parte de la idea que todos los ciudadanos están directa o indirectamente representados en sus parlamentos; pero sabemos se trata de un argumento falaz, ya que como mucho, alguna buena parte de esa sociedad tiene allí sus “agentes” que lo representen. En realidad en forma “directa” no está ese pueblo en la toma de las decisiones más trascendentales (basado en alguna de sus contradicciones se quejaba Pierre Rosanvallon que precisamente el gran ausente en la democracia es el pueblo¹²⁸⁹). Esta cuestión se hace evidente desde varios autores. Entre todos, Barcellona y Cantaro sostienen desde hace tiempo esa pérdida de centralidad de los órganos de representación muy temprano (1998), asunto que advertían, más que una crisis, estaba pasando a ser un problema permanente. La situación denunciada del status quo político y los

(Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011, pp.155-156.

¹²⁸⁸ Entre otros Max Weber, referido por Antonio Baldassarre en ensayo citado por Jiménez Campo, Javier. *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, número 9, sept-dic., España, 1983.

¹²⁸⁹ *Cit.* por Flores Dapkevicius, Rubén. *Manual de derecho público*, tomo I. Derecho Constitucional, Ed. B de F, Julio César Faira (Ed.), Montevideo-Buenos Aires, 2007, p.41. El autor se refiere al trabajo de aquel: il popolo introvabile Storia della rappesentanza democrática in Francia (1988), Bolonia, Il Mulino, 2005 (*Trad. Esp.*: El pueblo inalcanzable. Historia de la representación democrática en Francia, México, Instituto Mora, 2004).

peligros que supone, hacen que sea material “vigente” (como si lo hubieran escrito para estos tiempos). Hoy, son muchos quienes se suman a ese coro de voces¹²⁹⁰.

Se puede colegir del trabajo de aquellos, que si bien no dejan de reconocer la importancia que ha tenido el poder legislativo en la concreción de las cláusulas sociales, en cuyo caso se refieren a su “primacía”¹²⁹¹; subrayan también que las políticas relativas a las mejoras en la calidad de vida y de mejoras a los trabajadores constituyen dinámicas conflictivas que han derivado en una *crisis de representación*¹²⁹² de la clase política (en donde ubican al legislador); pero también en una *crisis de gobernabilidad*¹²⁹³ (para incluir al gobierno). Ambas ramas quedarían igualmente afectadas, razón por la que estos autores se refieren a una «pérdida de centralidad del circuito gobierno/parlamento».

Para explicar su posición, sostienen que:

“(…) como itinerario de la decisión política, que es a su vez, consecuencia de la pérdida de eficacia del conjunto de los instrumentos con los cuales en los últimos decenios, el Estado ha desarrollado las funciones de regulador del ciclo en el sentido de atribución de las prestaciones y beneficios por parte del Estado tiende a convertirse cada vez más en consecuencia de una pluralidad de negociaciones entre los diferentes grupos políticos, sociales, territoriales, etc., y los diversos subsistemas político-institucionales fundados sobre criterios generales y preestablecidos, que fruto de procedimientos objetivos¹²⁹⁴”.

En concreto, advierten de la necesidad sobre una redefinición del tipo de prestaciones ofrecidas por el *welfare state*, no sólo en un redimensionamiento cuantitativo y de la puesta en discusión de su carácter universal. Ponen especial cuidado de que puedan derogarse ciertas prestaciones –teniéndose en cuenta,

¹²⁹⁰ Cárdenas Gracia, Jaime F. *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp.226.

¹²⁹¹ Pietro Barcellona, Pietro y Cantaro, Antonio. *El Estado social entre crisis y reestructuración*, en: Derecho y economía en el Estado social (Obra Colectiva), J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Edits.), Madrid, 1988, p.59.

¹²⁹² *Ob. Cit.*, p.60.

¹²⁹³ *Ob. Cit.*, p.60.

¹²⁹⁴ *Ob. Cit.*, p.61.

impugnan-, que exista «discrecionalidad en cuanto a la prestación de servicios¹²⁹⁵». Es fundamental este último comentario con el objetivo trazado en este trabajo, ya que estudiaremos las consecuencias en dejarle a ese poder político, incluso, el margen de decidir (hasta) delimitar *los propios contenidos constitucionales mínimos*.

De igual manera, Ibañez hace referencia a “la pérdida del protagonismo político y capacidad de dirección efectiva de las instituciones representativas, y, consecuentemente, con la modificación del sentido de la mediación legislativa¹²⁹⁶”, e igualmente Fernández García, al criticar el sistema de representación, en virtud de lo que llama “una degradación de la democracia entendida como el despotismo de la mayoría, sin convenios básicos entre las partes políticas enfrentadas y sin debates imprescindibles acerca de las cuestiones morales y políticas con que la vida humana nos reta¹²⁹⁷”.

Tales circunstancias parecen ser seguidas por Aragón Reyes, quien para justificar su posición sostiene: “La profunda capacidad deslegitimadora del Parlamento y, más en general, de la democracia representativa que puedan tener las argumentaciones de este tipo (por otra parte ya suficientemente conocidas y repetidas desde hace muchos decenios), no hace falta subrayarlo¹²⁹⁸”. Cabe citar del mismo modo a Pisarello, cuando con una línea más crítica, advierte que “(...) los estados sociales tradicionales, lejos de convertirse en auténticos estados sociales constitucionales, han operado a menudo como simples estados legislativos y administrativos residuales...¹²⁹⁹”. Y termina exponiendo:

¹²⁹⁵ *Ob. Cit.*, p.62.

¹²⁹⁶ Andrés Ibañez, Perfecto. *Justicia/conflicto*, colección ventana abierta, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p.117.

¹²⁹⁷ Fernández, Eusebio. *Valores Constitucionales y Derecho*, Instituto Bartolomé de Las Casas, Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”, Nro.45, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp.53-54.

¹²⁹⁸ Aragón Reyes, Manuel. *El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad*, en: Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos, M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (Comps.), UNAM, Ed. Porrúa, México, 2004, p.158.

¹²⁹⁹ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, Madrid, 2007, p.13.

“Con pocas excepciones, el núcleo duro de las políticas sociales emprendidas tras la crisis de los estados sociales tradicionales no ha perseguido la garantía de los derechos generalizables, es decir, de expectativas estables sustraídas a la coyuntura política e indisponibles para los poderes de turno. Más bien, ha propiciado intervenciones selectivas que, más que igualar a los desiguales, han tendido a operar como concesiones revocables y discrecionales, cuando no como auténticas medidas de control de pobres¹³⁰⁰”.

Bidart Campos advierte los recurrentes incumplimientos de los diversos actores políticos (con el legislador a la cabeza) con relación a las expectativas de los derechos sociales¹³⁰¹. Se trataría de una peligrosa patología –parafraseando a Peces-Barba-, en donde estarían cambiando los centros neurálgicos del poder de uno de esos grupos que afectan los derechos ciudadanos; pues los partidos políticos se van “independizando” de sus autores, “y su dinámica propia pueden desvirtuar el núcleo central de la democracia, que es el Parlamento¹³⁰²”.

En el mismo tono, Canova González se refiere a la *pérdida de legitimación del poder legislativo en Iberoamérica*; cuestión que dice, no solo es recurrente, sino además “ha quedado limitado a una función legitimadora de las decisiones adoptadas por el Presidente¹³⁰³”. En el caso de España, esa supuesta desviación –opinamos- podría explicarse mejor desde la óptica de García de Enterría: “El Poder legislativo, dominado por los partidos y escenario predominante de sus luchas pugnaces, ha dejado de ser el depositario indiscutido y seguro de una voluntad nacional común¹³⁰⁴. Venezuela sale peor evaluada, donde desde hace

¹³⁰⁰ Pisarello, Gerardo, *Ob. Cit.*, p.13.

¹³⁰¹ Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.118, Ed. Ediar, México, DF, 2003, p.244.

¹³⁰² Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.115.

¹³⁰³ Canova González, Antonio. *El modelo iberoamericano de justicia constitucional. Características y originalidad*, Serie Derecho Procesal Constitucional, Ed. Paredes, Caracas, 2012, p.85.

¹³⁰⁴ García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Thomson, 6ª reimpresión, 2009, Madrid, 42.

tiempo se viene hablando de la deslegitimación de *todo* el sistema político¹³⁰⁵; de allí que Combellas se refiera a la llamada crisis (deslegitimante) del Parlamento¹³⁰⁶ o Salamanca quien critica (al Parlamento y al gobierno) la falta de cumplimiento de las obligaciones constitucionales¹³⁰⁷. Dicha deslegitimación pone en dudas si existe alguna fórmula idónea para alcanzar los fines del Estado social, e incluso en el tema educativo que hasta el momento ha despertado toda clase de sospechas de arbitrariedad. Por ejemplo, en España hay quejas si se comparan los objetivos fijados y la cantidad de recursos realmente empleados¹³⁰⁸; en Venezuela el resultado luce peor en términos de ineffectividad del sistema¹³⁰⁹. La cosa se complica más en temas como la fijación de contenidos mínimos de los derechos educativos.

Parece necesario ir desaprendiendo de las estructuras tradicionales, por la forma como está concebida la racionalización del poder, desde que sus distintos operadores (con el legislador a la cabeza), ejecutan determinadas acciones (a veces excediendo el margen de intervención), o cuando dejan de hacer lo que les correspondía (por omisiones basadas en sus criterios de oportunidad política). Así está razonado el sistema democrático, y así seguirá; lo que no quiere decir que sean necesarias –como invocamos- otras salvaguardias.

Por consiguiente, seguimos con García Schwarz, que “al menos coyunturalmente, la tutela de los derechos fundamentales y de los principios

¹³⁰⁵ Rey, Juan Carlos. *La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación*, en Revista de Estudios Políticos, núm. 74, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, págs.533-578.

¹³⁰⁶ Combellas, Ricardo. *Estado de derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica venezolana, Colección estudios jurídicos XLVI, Caracas, 1990, p.73.

¹³⁰⁷ Salamanca, Luis. En Prólogo (presentación) de la obra: *Políticas públicas siglo XXI: caso venezolano*, C. Mascareño (Coord.), temas de docencia, Centro de estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Reimpresión 2010, p.XIV.

¹³⁰⁸ Redondo, Ana. *La igualdad de oportunidades en ejercicio del derecho a la educación en libertad*, en: Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas. Encuentro sobre Estudios jurídico-políticos en Educación, Fund. Europea sociedad y educación, España, 2006, p.77.

¹³⁰⁹ Mundó, Mabel. *La discontinuidad en las políticas públicas: La Reforma de la educación pública*, tomo I, Bid & co. Editor, 1ª ed., Cendes, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p.247.

relacionados con el propio Estado social y democrático de derecho en una verdadera democracia representativa no puede quedar restringida solamente a órganos legislativos¹³¹⁰”. Se plantea una nueva dinámica política para evitar estas cosas.

1.3. Problemática de la (des)legitimación de la acción política y sus consecuencias frente al derecho a la educación gratuita.

Son notables las críticas planteadas atrás por la doctrina frente a los graves problemas advertidos de la pérdida de la centralidad política (Porrás Nadales; Fernández García; Pisarello; Cantaro; Barcellona; Aragón Reyes; etc.); al punto que éste último remata: “El derecho, los derechos, serían, pues, algo demasiado importante para dejarlo en manos de políticos¹³¹¹.” Así que democratizar los espacios públicos y trasladar en el legislativo la ejecución de los contenidos de derechos, no implica que sea sensato de lo que Rojas Parma llamaba someter *cualquier cosa* a votación¹³¹²; y en el campo de los derechos sociales, si bien es necesario el concurso de los poderes públicos, se enfrenta al paradigma de la fuerza normativa de la Constitución que le iría restando espacios a dichos poderes.

En esta temática es conocida la crítica que trae Bidart Campos: “El tema de los derechos genéricamente llamados “sociales” –a los que tantas veces aludimos– es uno de los que hace tropezar con dificultades a la teoría de la fuerza normativa de la constitución¹³¹³”. Son pues, como puede apreciarse, varias las voces que

¹³¹⁰ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho, Miguel Ángel Porrúa Editor, México, 2011, p.107.

¹³¹¹ Aragón Reyes, Manuel. *El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad*, en: Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos, M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (Comps), UNAM, Ed. Porrúa, México, 2004, p.158.

¹³¹² Rojas Parma, Lorena. *Sócrates en el Critón. Ensayos*, en: historia de la Democracia. Lucía Raynero (Comp.), Los Libros de El Nacional, Caracas, 2013, p.15.

¹³¹³ Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, México, 2003, p.232.

reclaman la particular tensión entre cómo han de definirse (ejecutarse) los derechos por los órganos legitimados políticamente, desde su regulación hasta su puesta en práctica; situación que, por ejemplo, en materia de derechos fundamentales (como lo es el derecho a la educación que acá nos ocupa) se diga por Zagrebelsky (*El Derecho dúctil*, Torino, 1992, pp.70-71 y 127-129) –citado por Aragón Reyes- que *hasta* los jueces estarían en mejores condiciones que el legislador para «concretizar» los derechos fundamentales¹³¹⁴; cuestión no menos importante si se piensa que el legislador será, en principio, el (supuesto) legitimado en esa función. Que los jueces compartan esa labor (con todos los obstáculos en términos de división de poderes, invasión de funciones en materia presupuestaria, etc.), implica que la legitimación del poder legislativo no se puede traducir en términos absolutos. La cuestión de los problemas más acuciantes del legislador democrático, ya es parte de las reflexiones de diversos teóricos.

Específicamente en el campo del derecho a la educación, hay algunas voces que revelan ciertos problemas acarreados por la pérdida de la legitimación política; o al menos eso parece colegirse con Cámara Villar, para quien en el caso de España se podría:

“entender por consolidado un verdadero consenso fundamental en materia educativa, expresado por nuestra norma constitucional, permaneciendo sin embargo en buena medida abiertos a algunos aspectos y elementos del enfrentamiento secular en esta materia por razones fuertemente ideológicas, lo cual empaña las posibilidades de alcanzar un más concreto pacto de Estado sobre la educación...¹³¹⁵”.

La situación de Venezuela en el campo institucional luce peor; pues si en España –como refería Cámara Villar- la situación ideológica «empaña las posibilidades de alcanzar un más concreto pacto de Estado sobre educación»; en el caso venezolano, ahora mismo está “cerrada” tal posibilidad, ya no únicamente en el tema educativo, sino en general, dada la falta de pactos políticos de los más

¹³¹⁴ Aragón Reyes, M. *El juez ordinario entre la legalidad...*, p.158.

¹³¹⁵ Cámara Villar, Gregorio. *Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España*, Revista de Educación, 344, sept-dic., 1997, pp.65-66.

elementales de la democracia. La altísima jurisdiccionalidad ante la justicia constitucional de los temas políticos (incluyendo los relacionados con el derecho a la educación y su homónimo, el derecho a la enseñanza), es una muestra que los actores políticos –parafraseando a Medina López- no han logrado desentrañar las diferencias políticas, correspondiendo ese papel a la justicia¹³¹⁶. Entonces, si ya no pactan en esas cosas propias que deben *desarrollarse sobre* tal derecho a la educación, por ejemplo en España respecto al tema de los “recortes” y la afectación de ciertos servicios de derechos sociales donde la oposición política sostiene que se afecta su núcleo esencial y hasta denuncia un desmantelamiento del Estado social o en el derecho a la enseñanza en Venezuela respecto al tema de los contenidos del “currículo” socialista, y otras políticas de supervisión de órganos políticos; viendo todo esto, *aun creyendo en la política como forma de racionalización del poder, ¿cómo entender, qué habrá pactos sobre los mínimos necesarios del derecho a la educación?* Una cosa es ser pesimistas, que no lo somos; y otra, cerrar los ojos ante una realidad. Este sombrío panorama nos conduce como juristas a pensar en clave constitucional; en razonar, cuáles serían –o podrían ser- las consecuencias en que las principales fuerzas políticas no puedan “transar” sobre aspectos más medulares como el que acá se plantea; acerca de precisar unos servicios mínimos prestacionales en el derecho a la educación.

Justamente en el plano de la educación gratuita es donde movemos las fichas de este tablero constitucional, para disponer de un contenido verdaderamente mínimo constitucional respecto a la gratuidad –con las complejidades que acarree-; y no lo que los políticos digan lo que les parece como tal. O, si se quiere, pueda establecerse *desde* la propia Constitución (expresamente).

Algunos datos son reveladores de lo que ha sucedido al confiar “tanto” en los legitimados políticos el desarrollo de los derechos sociales. El caso de Venezuela en donde el derecho a la educación gratuita como derecho fundamental fue

¹³¹⁶ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*, Universidad de los Andes, 2ª ed., 6ª reimpresión, Ed. Legis, Bogotá, Colombia, 2008, p.338.

“desarrollado” *solo* 19 años después de estar previsto en la Constitución, por un poder legislativo amparado en sus criterios de “oportunidad” política; sumado a la acción y sobre todo la omisión gubernativa (cobrando cuotas en educación “gratuita” y aceptando “bonos” de los padres de los colegios públicos para mantener escuelas); revelan las consecuencias de esa forma de racionalizar el desarrollo de los derechos sociales. Acaso, ¿se requiere de más prueba acerca de los grandes problemas de haber confiado *tanto* en los actores políticos el tema educativo?; ¿no hay pues suficientes indicios acerca de los desafíos que encara el seguir razonando el sistema de contenidos mínimos prestacionales (por el legislador) ante a la pérdida de centralidad política de aquellos agentes?; ¿será que hay obstáculos de constitucionalizar (realmente) tales contenido mínimos y dejar fuera del debate “político” este tema?

Todas requieren respuestas nada sencillas. Son puntos controversiales; pero en conjunto indican la idea de que es posible ir desaprendiendo de las estructuras tradicionales. De hecho, ya hay sendas quejas –con De Cabo- porque: “El Estado social no produce una estructura institucional garantista de los derechos sociales a la manera en que el Estado liberal la construyó para los derechos individuales¹³¹⁷”.

La deslegitimación de los agentes políticos y los enormes problemas que plantea la racionalización del poder frente a la falta de materialización de los derechos sociales, conduce a analizar el posible transito del Estado social tradicional frente al Estado social moderno.

Ya no es posible afirmar que la teoría del contenido esencial sea capaz de resolver el dilema de los contenidos mínimos necesarios; o no, sin los distintos problemas advertidos a lo largo de esta investigación.

¹³¹⁷ *Cit.* por Tajadura Tejada, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional*, en: *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fund. Manuel García Pelayo, Ed. Ex-libris, Caracas, 2003, p.437.

1.4. ¿Es posible identificar unos servicios nucleares o esenciales (de derechos fundamentales) dentro de la constitución?

La interrogante que plantea este punto se contesta afirmativamente. Para llegar a este punto estudiamos atrás los doctrinarios que afirman la necesidad –y conveniencia- que ciertos derechos sociales se encuentren en la propia Constitución (Villaspín Oña, Rawls y Michelman); pero también vimos los problemas más relevantes de la pérdida de la centralidad política y potenciamos la idea de la Constitución “al detalle” -que por normativa- es contentiva de derechos de ejecución inmediata. Ese paradigma del poder legislativo como (único) facultado en el establecimiento de unos contenidos mínimos de los derechos sociales ha sufrido cambios *en favor de constitucionalizar ciertos contenidos básicos*. La Constitución se convirtió en la norma jurídica directamente aplicable, mediante lo cual se posibilitó que los ciudadanos buscaran la protección de sus derechos constitucionales a través de acciones directas sin necesidad de intermediación legal¹³¹⁸. En esa perspectiva, el legislador es importante, pero lo es más la propia Constitución para no hacerse depender *tanto de aquel*.

¿Por qué la propia Constitución puede tener contenidos nucleares de derechos fundamentales (que sirvan para trasladarlo al derecho a la educación en su vertiente prestacional)?. En primer lugar, hay ciertos asuntos que son *propios* de la política y así conviene se mantengan; en segundo término, determinados asuntos si bien han de pertenecer principalmente a la política; según circunstancias singulares podrían ser gestionados por otros (verbigracia, cuando los tribunales diseñan el «contenido mínimo vital» de determinados derechos o en los casos que anulando leyes establecen cuál era el «contenido esencial» que debió respetar el legislador); y tercero (pero no menos importante), la conveniencia de dejar *fuera* del debate político aspectos tan sensibles que muy bien podrían (y

¹³¹⁸ Aguirre Castro, Pamela. *El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿cambio de paradigma?*, en Umbral, Revista de Derecho constitucional, Garantías jurisdiccionales y derechos constitucionales, núm.3, ene-jun., Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, Ecuador, 2013, p.71.

deberían) estar *solo* en las propias Constituciones (en donde Ferrajoli –no por casualidad- coloca “los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales¹³¹⁹”. En este último aspecto, sobran ideas a favor de que determinadas materias se mantengan ajenas a la pugna política (Gil Domínguez¹³²⁰; González Moreno¹³²¹; Ferrajoli¹³²²; Casal Hernández¹³²³; Barcellona y Cantaro¹³²⁴).

De consiguiente, no queremos ni el «Estado mínimo¹³²⁵» ni el «Estado máximo¹³²⁶»; pero tampoco creemos en “posiciones maximalistas del constitucionalismo social que han saturado los texto constitucionales de enunciados o metas imposibles de cumplir materialmente¹³²⁷”. Nuestra intención va en otra dirección (intermedia). Estamos hablando de *derechos posibles* para emplear una expresión de Comanducci¹³²⁸. La Constitución *si puede* tener contenidos nucleares de derechos; tanto que el propio Aragón-Reyes (al momento de indagar si de la propia cláusula del Estado social es posible establecer su contenido mínimo); revela “ha de tener un contenido mínimo (por no emplear el

¹³¹⁹ Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p.66.

¹³²⁰ Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ed. Ediar, Argentina, 2005, p.13.

¹³²¹ González Moreno, Beatriz. *El estado social. Su naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, 156.

¹³²² Ferrajoli. *Democracia y garantismo...*, p.66.

¹³²³ Casal, Jesús María. *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de justicia constitucional en la nueva carta magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, p.19.

¹³²⁴ Barcellona, Pietro y Cantaro, Antonio. *El Estado social entre crisis y reestructuración*, en: Derecho y economía en el Estado social (Obra Colectiva), J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Edits.), Madrid, 1988, p.68.

¹³²⁵ *Estado mínimo* como prefieren los conservadores y libelares contrarios al intervencionismo estatal bajo el principio *laissez faire* (dejar hacer, dejar pasar). *Vid.*, Dalton, George. *Sistemas económicos y sociedad*, Alianza Editorial, Madrid, 1974, pp.63-64.

¹³²⁶ Salamanca, Luis. En Prólogo (presentación) de la obra: *Políticas públicas siglo XXI: caso venezolano*, C. Mascareño (Coord.), temas de docencia, Centro de estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Reimpresión, Caracas, 2010, p.XIV.

¹³²⁷ Sagües, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p.57.

¹³²⁸ Comanducci, Paolo. *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica*. Filosofía y Teoría del Derecho, Ensayos de teoría Analítica del Derecho, Nro.5, Ara Editores, 1ª ed., Lima, 2010, p.73.

término «contenido esencial» que es más propia de otras categorías jurídicas)¹³²⁹». Conforme a su argumento se conseguiría tal “contenido mínimo” mediante una interpretación sistémica¹³³⁰. Entonces, si hay un «contenido mínimo» (que puede interpretarse) y otro «contenido esencial» (que se deduce de la misma forma); puede también ser expresa (allí donde apunta nuestra tesis). Evidencia que si es posible que la propia Constitución establezca contenidos nucleares de derechos sociales fundamentales (allí donde ubicamos al derecho a la educación gratuita).

1.4.1. Crítica sobre la inconveniente constitucionalización (explícita) de contenidos básicos prestacionales.

Superadas las encendidas críticas con relación a la propia constitucionalización del Estado social (planteadas inicialmente por Förstöff junto Hasbach¹³³¹ porque *supuestamente* era imposible aquello); pasando después por algunas corrientes que asumen la innecesaria –e inconveniente– constitucionalización de ciertos contenidos constitucionales (que aparece defendida entre otros principalmente por la visión liberal de Alexy), se llega al punto de estudiar otras objeciones específicas sobre la negativa de que puedan constitucionalizarse contenidos básicos prestacionales (lo que por consecuencia aplicaría al ámbito educativo).

Se pueden distinguir dos de estos grupos: (i) los que se manifiestan contrarios a que sean constitucionalizados los derechos sociales (en razón de su inconveniencia); (ii) los que se oponen a que sean constitucionalizados los derechos

¹³²⁹ Aragón Reyes, Manuel. *Comentarios al artículo 1º Constitución de España*, en: Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario (Obra colectiva), Fund. Wolters Kluwer, M. Pérez Manzano e I. Barrajo Iniesta (Coords.) y M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.), Toledo, 2008, p.35

¹³³⁰ Aragón Reyes, M., *Ob. Cit.*, p.35.

¹³³¹ Fernández Segado, Francisco en *Presentación y estudio Preliminar* de la obra de Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.XXXIX.

sociales (en razón de que no es necesaria), pero que no obstante defienden aquellos en vía judicial.

El argumento central del primero de estos grupos (que proscriben que los derechos sociales en general sean constitucionalizados) se entiende de la textura abierta/abstracta de la Constitución, y en la tesis que *no “debieran” estar excesivamente detalladas en sus contenidos mínimos*. Ferreres Comella es uno de los que opina que no *sería* conveniente que las constituciones contengan derechos (en general), ni libertades mediante «cláusulas detalladas¹³³²». En el mismo lugar, para Rubio Llorente los textos constitucionales no pueden consagrar los derechos en detalle, pues es “tarea de la legislación ordinaria e incluso la normativa reglamentaria¹³³³”; lo que parece compartir Aparicio al exponer que “las prestaciones estatales que constituyen el fundamento de la categoría del Estado social son algo tan independiente de la Constitución como es la propia capacidad económica no sólo del Estado sino también de la sociedad¹³³⁴”. Bajo los mismos predicamentos, Lenio Streck –citado por Cruz¹³³⁵– expone acerca la inconveniencia de insertar en la Constitución ciertos derechos, pero refiriéndose específicamente a los sociales bajo el argumento que “em determinados momentos, dada a conjuntura economica, nao possam ser efetivamente garantidos”.

Tampoco Habbermas –citado por Arango– puede estar de acuerdo con ese Estado social “que cuida de la existencia de los individuos repartiéndoles oportunidades vitales” en los servicios tales como *educación*, seguridad social,

¹³³² Ferreres Comellas, Víctor. *Una defensa de la rigidez constitucional*, en: La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, Ed. Gedisa, 1ª ed., Barcelona, España, 2002, p.231.

¹³³³ Rubio Llorente, Francisco. *Constitución y educación*, en: Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales, L. Sánchez Agesta (Coord.), Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 de junio de 1977, Revista de Derecho Público, Centro de Estudios y Comunicación económica, Ed.es de derecho reunidas, Madrid, 1977, p.105.

¹³³⁴ Aparicio, Miguel. *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ed. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1980, p.87.

¹³³⁵ *Cfr.*, Cruz, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, 2ª ed., Juruá Editora, Curitiba, Brasil, 2011, p.162. Traducción propia: “en ciertos momentos, dada la situación económica, no puedan ser efectivamente garantizados”.

vivienda, salud, porque contraría el procedimiento que asigna la igualdad de oportunidades¹³³⁶; lo cual es lógico desde su óptica liberal creyente de la democracia deliberativa.

Si hasta el momento todos estos teóricos plantean serias críticas frente a la constitucionalización de derechos sociales (en general); no es difícil intuir que con mayor razón se negarán a aceptar igualmente que tales derechos sociales, tengan además explícitamente un contenido mínimo desde la propia constitución. Se llega así a Balaguer Callejón, para quien “si efectivamente pudiera determinarse un único contenido de cada Derecho fundamental, incluso frente a su colisión con otros Derechos, la garantía del contenido esencial podría, sin duda, definirse como un riesgo para los derechos 'en lugar de un beneficio¹³³⁷'. Parece desprenderse de sus dichos, que los contenidos de derechos *pueden estar determinados o no en el texto constitucional*; aunque éste prefiera la última cuestión. Dentro de las últimas objeciones que se consiguen, para Revenga es negativo que los derechos sociales puedan constitucionalizarse en detalle, asunto que percibe como “arriesgado e inconveniente”. Arguye que sería un *exceso de Constitución*, “el llevar la carga de obligar de sus compromisos, sus proclamaciones y hasta sus *vigas maestras* (por ejemplo, la definición del Estado como *social y democrático de Derecho*) más allá del punto representado por la contingencia de la voluntad política mayoritaria de cada momento¹³³⁸”.

De igual manera, Lorenzo Rodríguez-Armas se plantea en forma de pregunta, ¿si la ley no ha de concretar el contenido de derechos podría hacerlo el propio texto constitucional?, para responderse negativamente que “la propia norma constitucional [solo] da las pistas necesarias para determinarlo, a través de

¹³³⁶ Arango, Rodolfo. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Ed. Legis, 1ª ed., 2005, Colombia, p.266 (en nota a pie de página).

¹³³⁷ Balaguer Callejón, Francisco. *Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Cedecs Editorial, Estudios constitucionales y políticos, M. Á. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, p.111.

¹³³⁸ Revenga Sánchez, Miguel. *Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)*, en: *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nro.21, dic., España, 2009, p99.

la interpretación de sus prescripciones...¹³³⁹". Esta autora excluye la posibilidad de que puedan constitucionalizarse determinados mínimos de derechos expresos.

Por su parte, en opinión de Castillo Córdova, por tratarse de una norma constitucional, la misma no tiene por "encargo" –puntualiza- detallar la regulación de derechos que prevé; sino que el legislador constituyente prefiere que su forma abierta y flexible permita los márgenes para el legislador ordinario¹³⁴⁰.

Por último, están las objeciones que se consiguen con Prieto Sanchís, quien es del criterio que existe un equívoco, basada en la idea de que la constitucionalización (en detalle) "reduciría" el margen del legislador. Primero, opina que "desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos"; y segundo, niega rotundamente que "(...) a partir de la idea de unos derechos ya delimitados plena o definitivamente en la Constitución, las intervenciones legislativas habrían de ser menores o menos vigorosas...¹³⁴¹".

Fuera de estas ideas de concretas objeciones fundadas desde la imposibilidad e inconveniencia que puedan constitucionalizarse los derechos sociales mínimos, se percibe un sector distinto representado por Cass Sunstein (típico defensor de los derechos sociales), que si bien no impide que se constitucionalicen; parte del supuesto (al menos para el caso norteamericano para el que escribe) que *no sería necesario*, pero planteando desde un paradigma distinto al que estamos acostumbrados. Gargarella refiriéndose a éste, comenta que en función de las particularidades de la Constitución de ese país, Sunstein sostiene que no sería necesario incorporar "expresamente" derechos sociales **en el entendido que ya formarían parte de lo que denomina compromisos**

¹³³⁹ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. *El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional*, Anales de la Facultad de Derecho, Nro.13, Universidad de La Laguna, España, 1996, p.45.

¹³⁴⁰ Castillo Córdova, Luis. *Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27 CE*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2004, p.243.

¹³⁴¹ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed., 2009, p.220.

constitucionales¹³⁴². Su alegato va en tono a su concreción por vía del poder judicial; por ende, que sería “innecesario” que estén proclamadas en el texto constitucional. De modo que no es un autor contrario a esa línea en forma categórica como aquellos.

Se han revisado algunos puntos de vista que abominan todo detalle respecto a los contenidos de los derechos sociales constitucionales, o que al menos evade la innecesaria –e inconveniente- exhaustividad sobre estos.

Es así como se puede entender –pero no justificar- las razones que en el campo del derecho a la educación se oponen en cuanto a la constitucionalización –o su inconveniencia-, tal como sería la reticencia presentada por Fernández-Miranda Campoamor¹³⁴³, quien opina que en materia educativa, ni existe ni puede existir un modelo constitucional. Lo más relevante viene después cuando objeta enfáticamente la constitucionalización en temas educativos, así:

“...con independencia de las limitaciones que la propia naturaleza del Derecho le impone a su capacidad de garantizar el éxito de sus disposiciones finalistas, una constitución democrática, presidida necesariamente por el pluralismo político, no puede incorporar la pretensión (vana en cualquier caso) de paralizar el fluir de la historia, de petrificar el orden social y de ahogar el pluralismo secuestrando para siempre el principio democrático¹³⁴⁴”.

Desde su perspectiva, basado en el predominio del poder legislativo, “la Constitución no puede por sí sola resolver el problema de los disensos educativos entre los partidos políticos”; pues solo podría encauzar al «delimitar» posibilidades de regulación¹³⁴⁵. Precisamente esta última afirmación (acerca de la delimitación)

¹³⁴² Gargarella, Roberto. *Recuperar los derechos sociales*. Teoría política, Revista de libros de la Fundación Caja Madrid, nro.99, España, 2005, p.17. https://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11_2/primerasesion/derechosSociales.PDF (enero, 2014).

¹³⁴³ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. *El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza en el mercado educativo*, en: *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Centro de Estudios Socio-Políticos, Fund. Europea Sociedad y educación, España, 2006, p.38.

¹³⁴⁴ *Ob. Cit.*, p.38

¹³⁴⁵ *Ob. Cit.*, p.39.

nos llevará a la reflexión siguiente para promover un estudio capaz de fomentar algún cambio del paradigma teórico dominante; buscando esfuerzos para el establecimiento de los derechos sociales de cara a la función legislativa pero desde otra dinámica frente a la Constitución (que no solo sirva de referencial).

2. CAMBIOS DE PARADIGMAS: ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE CONTENIDOS BÁSICOS EN GENERAL. LAS DIFERENCIAS ENTRE «DESARROLLAR» Y «DELIMITAR» LOS CONTENIDOS PRESTACIONALES.

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales se constituye en la garantía por excelencia de los mismos¹³⁴⁶. Son múltiples inconvenientes que suscita la práctica constitucional en materia de derechos sociales prestacionales; por cuyo motivo se han instituido una serie de garantías/mecanismos con el objeto de evitar el vaciamiento de la carta política (reserva de la ley; división de poderes, contenido esencial, progresividad y prohibición de regresividad, etc.). Que la constitucionalización de dichos derechos no sea en sí mismo suficiente; representa cuando menos un elemento imprescindible en la forma en que podamos racionalizarlos. Esta tesis no supone alguna discusión entre “demócratas puros” y “constitucionalistas puros¹³⁴⁷” -a lo Gomes Canotilho-; ni tampoco se identifica con lo que Dreier llamaba “constitucionalismo moderado¹³⁴⁸”.

El *quid* del asunto está, pensamos, en que hasta ahora tal y como enseña Villaspín Oña: “No parece existir una teoría jurídico-constitucional capaz de

¹³⁴⁶ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho, Miguel Ángel Porrúa Editor, México, 2011, p.123.

¹³⁴⁷ *Vid.*, Gomes Canotilho, José J. *Teoría de la Constitución*, Instituto Bartolomé de Las Casas, Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”, nro.31, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp.112-113.

¹³⁴⁸ *Cit.* por Cruz, Luis M. *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Colección filosofía, derechos y sociedad, Ed. Comares, Granada, 2005, pp.97.

asegurar la protección de los derechos económicos y sociales¹³⁴⁹”; por cuya razón nos atrevemos a buscar más respuestas. Nos lleva a plantear: si preferimos mantener la forma “vigente” (respecto de la confianza en el legislativo y en la “supervisión” de los tribunales e incluso de cierto activismo de estos últimos); o si en cambio, mutamos ese planteo bajo la fórmula de especificaciones (literales/expresas) en las constituciones a partir de un verdadero núcleo constitucional (y no implícito).

En todos los derechos prestacionales o sociales existen unos servicios que por ser “básicos” pasarían a ser como **condiciones mínimas o elementales en el Estado social**; y además, que puedan establecerse *desde* la propia Constitución y no *desde* la acción política como opina la mayoría¹³⁵⁰. Así las cosas, desde la racionalidad vigente, según seguimos con García Schwarz:

“Cuando afirmamos que los derechos sociales son derechos de configuración legislativa, la idea que nos viene a la cabeza es la de que, a pesar de su reconocimiento constitucional, esos derechos solamente se vuelven exigibles desde el momento en que sean planteados por el legislador, en un contexto en que el mismo, como representante de la voluntad expresada en las urnas, tiene un margen discrecional casi ilimitado para proceder, o no, a ese desarrollo. Esas ideas, sin embargo, no se sostienen¹³⁵¹”.

En función de que la Constitución está en la base de todo el ordenamiento jurídico positivo¹³⁵²; debería seguirse otro tipo de diálogo entre legislador ordinario y legislador constituyente (distinto de la forma tradicional en que se viene haciendo). Con ello exponer algunas de las consecuencias en dejarle al legislador democrático la facultad de distinguir (también) lo que *él crea* serían los contenidos

¹³⁴⁹ Villaspín Oña, Fernando. *Estado de bienestar y constitución*, en: Revista del Centro de estudios Constitucionales, Núm.1, sept-dic., España, 1988, p.131.

¹³⁵⁰ Petit Guerra, Luis A. *Los derechos sociales mínimos y su posible constitucionalización*, en: IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del análisis de las sentencias constitucionales. Libro de ponencias, Colegio de Abogados de Arequipa, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Ed. Adrus, Perú, 2013, pp.195-209.

¹³⁵¹ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos...*, p.101

¹³⁵² Gelsi Bidart, Adolfo. *De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre común*, Ed. B de F, Montevideo, Uruguay, 2006, p.164.

“constitucionales”; incluso, partiendo de un mínimo que el propio legislador establece. Es decir, ya no solo que pueda «desarrollar» los contenidos (que paradójicamente decimos “constitucionales”); sino además «distinguir» su base mínima en vez de establecerlo la propia Constitución. Pues bien, *¿será que el propio Constituyente no puede fijar «distinguir» esos mínimos?*

El planteamiento central de nuestra tesis de colaborar con el legislador (pero también de contradecirlo), encuentra eco en Prieto Sanchís al sostener que “resultaría en verdad sorprendente que el sujeto sometido a una obligación [el legislador] pudiera redefinir los términos de la misma¹³⁵³”. Menuda afirmación, que además completa aclarando “el legislador no puede ‘inventar’ límites a los derechos¹³⁵⁴”. En suma, que una cosa es «desarrollar», facultad que resulta elemental e indiscutible, *frente a su otra atribución de «distinguir» tales contenidos desde unos mínimos*; en donde hay ciertas objeciones doctrinales que aquí seguimos. En principio, frente a una y otra acción no habría problemas, si partimos –en abstracto– que los límites del legislador *estarían* en la propia Constitución. Pero, resulta llamativo que además de desarrollar (lo que ordena la Constitución se desarrolle); pueda el poder legislativo, frente a unos contenidos implícitos constitucionales, decir (distinguir) unos contenidos que aquella no ordena, o no al menos expresamente.

El argumento que se sostiene para permitirle al legislador determinar los contenidos mínimos de derechos “constitucionales”, sustentado en los principios de democracia y división de poderes, tropiezan al conseguir que también la justicia constitucional puede entrar a “interpretar” si determinado contenido mínimo (esencial) fuere o no afectado por aquel. Bidart Campos ayuda en este debate al sostener que la acción legislativa, incluso su omisión, estaría justificada en términos de la división competencial de los poderes; pero no, ante la Constitución

¹³⁵³ Prieto Sanchís, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En: Teoría constitucional y derechos fundamentales, M. Carbonell (Comp.), Comisión nacional de los Derechos Humanos, 1ª ed., México, 2002, pp.137-138.

¹³⁵⁴ *Ob. Cit.*, p.139.

normativa que provea derechos sociales; sobre todo, **frente los inconvenientes de dicho poder legislativo ante normas constitucionales completas**¹³⁵⁵. En ese parecer, las normas constitucionales “completas” limitan el accionar de aquel. Es evidente que los contenidos de los derechos siempre conflictivos, lo son más en la medida que se intenta definir los *límites internos* frente a su mayor extensión o límites expansivos o externos. En ese sentido, aunque “la Constitución *prefigura* y el legislador *configura*”¹³⁵⁶; constituye una afirmación paradójica, que por un lado: “Los límites internos de los derechos son los supuestos de delimitación propiamente constitucional que fijan el alcance y contenido del derecho”¹³⁵⁷; y por otro, sea el legislador quien lo “descubra” (en vez de la Constitución propiamente dicha).

La tendencia de la mayoría, es seguir el planteamiento central de Häberle, quien como comenta Fernández Segado, reconoce tal atribución del legislativo mediante la acción de «determinar»¹³⁵⁸ (que sería el «distinguir» acá descrito). Sin embargo, dicho comentarista se da cuenta rápidamente de este problema advertido también por Gavara de Cara (en *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, CEC, Madrid, 1994); sobre las consecuencias de homologar las acciones de «desarrollar» los contenidos y «fijar» los límites. Por ende, siendo que contenido y límites no son idénticos, observa que el autor alemán intenta resolver tal cuestión, argumentando que el legislador está al servicio de la

¹³⁵⁵ Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.118, Ed. Ediar, México, DF, 2003, pp.244-246.

¹³⁵⁶ Cruz Villalón, Pedro. *Derechos fundamentales y legislación*, en: Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto, U. Gómez Álvarez (Coord.), Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, España, 1993, p.420.

¹³⁵⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie doctrina jurídica, núm. 156, 1ª. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, México, p.247. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1094/19.pdf> (enero, 2015)

¹³⁵⁸ Según comenta en Francisco Fernández Segado en Presentación y Estudio Preliminar de la obra de Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.LVIII.

Constitución concretando sus decisiones valorativas (dice que el legislador “piensa” los contenidos valorativos de la Constitución¹³⁵⁹). Lo más importante, es que el propio Häberle ha reconocido expresamente el abuso en ocasiones del instituto de la reserva de la ley; aunque sin justificar por ello a un desmerecimiento del mismo¹³⁶⁰.

En este aspecto es necesario diferenciar las distintas opciones que tendría el legislador en materia de contenido de derechos, donde se encuentran distintas opiniones sobre también distintas facultades. Así, en el entendido de que puede «regular», «garantizar» y «desarrollar» (Tajadura¹³⁶¹); empieza a distinguirse entre «definición» y «delimitación¹³⁶²» (Jiménez Campo), entre «delimitar» y «limitar derechos¹³⁶³» (González Amuchástegui); entre «delimitación de derechos» y «delimitación de su contenido¹³⁶⁴» (De Otto) e inclusive entre «regular», «desarrollar», «concretar» y «limitar¹³⁶⁵» (Balaguer Callejón).

Por consiguiente, parece que no es pacífica lo que se entiende por los límites de la *regulación* de interna de los derechos, razón por la cual se revisan algunas ideas. Peces-Barba considera cómo han de justificarse los «límites» de los derechos fundamentales frente a la sola «delimitación» de sus contenidos (que no son lo

¹³⁵⁹ Fernández Segado, Francisco, *Ob. Cit.*, p.LIX.

¹³⁶⁰ *Ob. Cit.*, p.LX.

¹³⁶¹ Tajadura Tejada, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI*, en: *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2003, p.433.

¹³⁶² Jiménez Campo, Javier. *El legislador de los derechos fundamentales*, en: *Estudios de derecho público homenaje a Ignacio De Otto*, Universidad de Oviedo, Servicios de publicaciones, Oviedo, 1993, p.488.

¹³⁶³ González Amuchástegui, Jesús. *Los límites de los derechos fundamentales*. En: *Constitución y derechos fundamentales*, centro de Estudios Políticos y constitucionales, J. Betegón, J. R. de Páramo, F. J. Laporta y L. Prieto Sanchís (Coords.), Madrid, 2004, p.440.

¹³⁶⁴ De Otto, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1. de la Constitución*, cap.V, en: Martín-Retortillo, Lorenzo y De Otto, Ignacio. *Derechos Fundamentales y constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, pp.137 y ss.

¹³⁶⁵ Balaguer Callejón, Francisco. *Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, en: *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Cedecs Ed., Estudios constitucionales y políticos, M.A. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, pp.109-110.

mismo). Refiriéndose a De Otto en ese sentido, argumenta que se debe distinguir “entre límites y delimitación conceptual del contenido mismo del derecho”; ya que en ocasiones, más de las veces, “se presentan como límites lo que no son sino situaciones al margen y no comprendidas en la protección del derecho¹³⁶⁶”. Es preciso la distinción entre los límites jurídicos de los derechos fundamentales que son propios (por eso los denomina subsistema), frente aquellos límites del sistema jurídico que no son exclusivos de los derechos fundamentales¹³⁶⁷. Es decir, a la existencia “de límites propios y exclusivos de los derechos fundamentales, que no son comunes a otros derechos subjetivos”, habrá que distinguir -a su vez- límites materiales y límites formales, cuestión que lo lleva a opinar: “Estamos todavía ante límites generales y no límites de cada derecho; y en este grupo sólo nos encontramos con límites formales” (para distinguirlos de los límites materiales o de contenido¹³⁶⁸). Concluye de esa “comparación entre los límites de los derechos, generales del sistema, y comunes al resto del ordenamiento, y los límites del subsistema que los primeros son materiales y los segundos formales¹³⁶⁹”.

Asimismo, señala que en la CE existen esas habilitaciones competenciales que se presentan en dos planos (que afectan respectivamente el derecho legal y el derecho judicial). Es decir, se trataría de habilitaciones para el legislador –primeramente-, pero también para el juez “para limitar derechos fundamentales”. Para explicar específicamente la facultad legislativa frente a las limitaciones de los derechos fundamentales (que es el punto que nos interesa subrayar); se refiere al ya conocido artículo 53.1. CE (según el cual solo por ley que en todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos); ya que su propia estructura “lleva a interpretar el concepto de regulación del ejercicio como comprendiendo la posibilidad de limitar”. En tal sentido: “Regular significa desarrollar, perfilar, pero también limitar puesto que se prevé un límite a la

¹³⁶⁶ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Colección derechos humanos y filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.315.

¹³⁶⁷ Peces-Barba, Gregorio. *Lecciones...*, p.317.

¹³⁶⁸ *Ob. Cit.*, p.317.

¹³⁶⁹ *Ob. Cit.*, p.321.

limitación, que es el llamado contenido esencial¹³⁷⁰”, se trata de una habilitación general para limitar, que a su vez no requiere que cada derecho contenga una habilitación especial para hacerlo. Entiende como similar tanto la acción de «desarrollar» como también la habilitación de «limitar».

Pero hay otras lecturas que la doctrina entiende entre «desarrollar» y «limitar»; en incluso diferenciando de «delimitar». En su caso, Lorenzo Rodríguez-Armas para explicar la facultad legislativa prevista en el artículo 53.1. CE, señala que si bien “...parece que es al legislador a quien se le encomienda la fijación del contenido del contencial. Podríamos hablar aquí de una *tesis de concreción legislativo-constitucional*”. Pero puntualiza, “no creemos que se deba extraer esta conclusión; al menos no de la literalidad del precepto («Sólo por ley,..., podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...») ya que éste no encarga tal tarea al legislador, sino que le otorga la potestad para *regular* el ejercicio del derecho fundamental¹³⁷¹” (la cursiva es nuestra). Por consiguiente, para este autor: “*Regular* el ejercicio no es lo mismo que *determinar* el contenido del derecho o libertad en cuestión¹³⁷²”. Dentro de estas divergencias, consta la posición de Martínez-Pujalte (criticada por Prieto Sanchís¹³⁷³) quien respecto del artículo 53.1. CE, propone una “nueva” interpretación: “El legislador no está autorizado a limitar o restringir los derechos fundamentales, pero está obligado, en cambio, a desarrollar los derechos constitucionalmente reconocidos, a interpretar y concretar su contenido, y a establecer las condiciones que hagan posible su más pleno ejercicio por los ciudadanos¹³⁷⁴”. Toda esta diatriba siempre necesaria, junto al

¹³⁷⁰ *Ob. Cit.*, p.321.

¹³⁷¹ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena. *El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional*, Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna, N° 13, España,1996, p.45.

¹³⁷² Lorenzo Rodríguez-Armas, M. *El problema del contenido esencial...*, p.45.

¹³⁷³ *Cfr.*, Prieto Sanchís, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, en: Teoría constitucional y derechos fundamentales, M. Carbonell (Comp.), Comisión nacional de los Derechos Humanos, 1ª ed., México, 2002, p.143.

¹³⁷⁴ Martínez-Pujalte, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, nro.65, Madrid, 1997, pp.140-141.

concurso de las ideas sostenidas en esta materia, evidencia que decir sin mayores problemas que el poder legislativo igualmente tenga capacidad de «delimitar» los límites internos de los derechos *que en principio debería hacerlo la Constitución*, hace que entremos en un complejo juego argumentativo, que hasta ahora solo se sostiene por la tradición jurídica (que se manifiesta en favor de concederle amplio margen al legislador, porque así han venido razonándose las cosas).

Al contrario, se intenta persuadir que las consecuencias de dejar al legislador ordinario tal facultad –parafraseando a Medina Guerrero- entendiéndolo como un *legislador cuasi constituyente* respecto de la «delimitación» del derecho¹³⁷⁵, también trae sus problemas (como la posible discusión en donde empieza lo político y donde lo jurídico en los límites de la confección interna). Estamos ante una siempre “imprecisa” misión de encauzar tales límites internos en cada derecho. El método del contenido esencial empezó a dar muestras de agotamiento; o cuando menos, que tenía algunos problemas sin resolver: seguían los conflictos políticos por saber qué parte de determinado derecho fundamental es “esencial” y cuál no; y se mostraba insuficiente en materia de tales omisiones legislativas. A veces esa “legitimidad” democrática cedía en manos de la justicia constitucional en donde residía tal respuesta.

Viene haciéndose evidente algunos cambios de paradigmas con relación a los contenidos mínimos sociales. La posición de Catoira lo evidencia al no cuestionar la posibilidad de que operen *explícitamente* desde la Constitución¹³⁷⁶; o la de Balaguer Callejón en el sentido que dicho contenido (esencial) *puede estar ya definido* en la propia Constitución¹³⁷⁷. El legislador es necesario, pero no es único

¹³⁷⁵ Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p.21 (nota a pie de página).

¹³⁷⁶ Aba Catoira, Ana. *El legislador limitador de derechos*, en: Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Ed., Estudios constitucionales y políticos, M. A. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001, pág.184.

¹³⁷⁷ Balaguer Callejón, Francisco. *Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, en: Derechos constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Centro de estudios constitucionales y políticos, M. A. Aparicio Pérez (Coord.), Barcelona, 2001, p.97.

(porque virtud de la justicia constitucional, el principio de separación de poderes empieza a *relativizarse*¹³⁷⁸). Su papel debe ceder ante la propia Constitución normativa (que también puede definir derechos). En este caso, hay que hacer ajustes de ese *Estado social tradicional* en el *Estado social constitucional*¹³⁷⁹.

En presencia de un Estado social en *renovación*¹³⁸⁰, es el legislador quien debe adaptarse al Estado social moderno, y no al revés. Lo mismo con la legalidad que también *debería* adaptarse a la Constitución normativa. Supone abandonar la concepción formalista del Estado de derecho, “no implica, por tanto, sustraer la actividad de los poderes públicos del sometimiento estricto al principio de legalidad, sino que tiende a evitar que la normatividad constitucional pueda quedar vacía de contenido falta de eficacia¹³⁸¹”. Conduce irremediablemente a una reformulación del «principio de división de poderes», pues sin desconocer su enorme utilidad (en la concepción del Estado), también otros problemas que genera en la práctica constitucional (como ciertas contradicciones en la garantía de los derechos sociales¹³⁸²). De allí que sea fundamental estudiar como invita Bonavides “hasta dónde este principio conserva en el Estado social moderno su valor¹³⁸³”; pues en su criterio constituye “un principio atenuado en franca

¹³⁷⁸ Según los teóricos alemanes Birke, Scholz y Schlaich citados por Fernández Segado, Francisco. *El estado social de derecho y el control en sede constitucional de las omisiones legislativas*, en: Anuario 2010 de Derecho procesal constitucional, E. Velandia Canosa (Edr.), año nro.1, Ediciones Doctrina y ley, Ltda., Bogotá, Colombia, p.377.

¹³⁷⁹ Pisarello, Gerardo. *Del estado social tradicional al estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos fundamentales*, en: Teoría constitucional y derechos fundamentales, M. Carbonell (Comp.), Comisión nacional de los Derechos Humanos, 1ª ed., México, 2002, pp.115 y ss.

¹³⁸⁰ Bonavides, Paulo. *Del estado liberal al estado social*, Ed. Astrea, 11ª ed., Buenos Aires-Bogotá, 2014, p.30.

¹³⁸¹ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, p.235.

¹³⁸² Bonavides, Paulo. *Del estado liberal...*, p.36.

¹³⁸³ Bonavides, Paulo. *Ob. Cit.*, p.35.

decadencia doctrinal¹³⁸⁴”; enfoque que coincide con Combellas quien lo trata como un principio extremadamente precario¹³⁸⁵.

Como el principio de separación de poderes justifica los cambios desde la constitución normativa, de igual modo el «principio de la reserva de ley» debía ceder ante el «principio de reserva constitucional¹³⁸⁶». *La Constitución adquiere “nuevo” protagonismo sin quitarle espacios a la democracia*; bien para que el legislador comparta con ella el «desarrollo» de los derechos fundamentales; bien para que ella misma «fije» las pautas mínimas a aquel. Para entender este aserto, se sigue con Anguita Susi de la existencia de dos sectores: “[L]os defensores de una referencia constitucional explícita argumentan que solo a través de su reconocimiento en la norma suprema es posible garantizar la eficacia de los derechos sociales frente a los consabidos excesos del legislador ordinario o de una jurisprudencia regresiva en la materia”; frente a los detractores que arguyen que tal integración, conduciría a unos estándares que pueden estar en peligro en momentos de crisis¹³⁸⁷. Sobre este punto defendemos la posición del primer grupo, sin desconocer la problemática que comparten la tesis del segundo grupo.

El poder constituyente debería ser quien disponga de los límites internos en forma expresa en materia de derechos fundamentales, o cuando menos, así se predique en el derecho a la educación gratuita dado su especial trascendencia; para cuyo tema es propicia la formulación de Canosa Usera:

“Porque toda Constitución hace siempre dos cosas: estipular el modo de creación del derecho y predeterminar su contenido; así que la supremacía constitucional se proyecta en el plano formal y en el material. En el primero al regular quiénes y cómo crean derecho, en el segundo determinando cuál es el contenido posible de tal derecho. Así pues, la Constitución no dispone

¹³⁸⁴ Bonavides, Pablo. *Del estado liberal...*, p.37.

¹³⁸⁵ Combellas, Ricardo. *Estado de derecho. Crisis y renovación*, Ed. jurídica venezolana, Colección estudios jurídicos XLVI, Caracas, 1990, p.73.

¹³⁸⁶ Duque Corredor, Román J. *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Ed. Homero, Caracas, 2014, pp.40-41.

¹³⁸⁷ Anguita Susi, Alberto. *La problemática de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales en España*, en: Tutela de derechos en sede jurisdiccional, E. Espinosa-Saldaña, G. Ruiz-Rico Ruiz y A. del Real Alcalá (Coords.), Fondo Ed. del Poder Judicial, Lima, Perú, 2012, p.35.

sólo de modos de producción de normas sino que **también determina su contenido, singularmente a través de los principios que conforman su fórmula política**¹³⁸⁸. (Subrayado nuestro).

Esa evocación del mismo a que la Constitución «predetermina» el contenido de derechos; permitiría encuadrar la posibilidad de “dirigir” ella misma tales contenidos (incluyendo los mínimos). Se llega a esta deducción al seguir leyéndolo: “En este contexto es obvio que una Constitución dirigente, tal y como la concibió Gomes Canolinho, achica los espacios de decisión del legislador futuro, en la medida en la que comprende principios sociales que reclaman la acción orientada constitucionalmente de los poderes públicos¹³⁸⁹”. En ese orden, la sugestiva frase «Constitución dirigente» -Gomes Canolinho- puede presentar alguna homologación con la de «Constitución invasiva» -Guastini- citado por Carbonell¹³⁹⁰ para explicar sus implicaciones para la creación y aplicación jurídica. Igual merece mención, la tesis de Dahl -recuerda Mascareño¹³⁹¹-, quien “proponía que «constitucional» se utilizase como un término que se refiera a las determinantes de las decisiones gubernamentales”. De esta manera la predeterminación de la Constitución afecta (“dirige”) la acción del legislador y del gobierno.

Por consiguiente, volviendo con Bonavides: “El Estado social que tenemos en vista es lo que se cree contenido jurídicamente en el constitucionalismo democrático¹³⁹²”, donde Constitución y democracia no lucen contrarios sino en

¹³⁸⁸ Canosa Usera, Raúl. *La interpretación constitucional como modalidad del control del poder*, en: El control del poder, tomo I, Biblioteca peruana de Derecho Constitucional, P. Häberle y D. García Belaúnde (Coords.), nro.38, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Fondo Ed. de la Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2012, p.258.

¹³⁸⁹ Canosa Usera, R., *Ob. Cit.*, p.258.

¹³⁹⁰ Carbonell, Miguel y Sánchez Gil, Rubén. *¿Qué es la constitucionalización del derecho?*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Quid juris, nro.15, 2011, p.43. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pdf> (febrero, 2014).

¹³⁹¹ Mascareño, Carlos. *Evolución de las políticas públicas: desde el surgimiento del Estado social hasta su crisis*, en: Políticas públicas siglo XXI: caso venezolano, C. Mascareño (Coord.), temas de docencia, Cendes, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010, p.7.

¹³⁹² Bonavides, Paulo. *Del estado liberal...*, p.166.

complementación. La opción del «legislador constituyente» se sitúa para ciertas áreas o materias allí necesarias (determinar el núcleo expreso), frente a la opción política del «legislador orgánico u ordinario» en ejercicio del poder en las áreas de su competencia (desarrollar más allá del núcleo expreso); pero *sin que pueda establecer (decir) lo que la Constitución no dice*. Los contenidos “implícitos” constitucionales solo son posibles mediante complejos procedimientos argumentales (las teorías del contenido esencial y el mínimo vital son una muestra de ello).

La determinación expresa de los contenidos mínimos por el constituyente podría facilitar el diálogo entre los poderes públicos (constituyente, legislativo y jurisdicción). Por consiguiente, ¿existe alguna prohibición que pueda la propia Constitución por ejemplo, establecer expresamente como límite interno (o mínimo vital) del derecho a la educación gratuita el proveer a todos de una plaza/cupo en todo momento y circunstancias?; o, ¿debe esperarse que lo haga el operador político como legislador orgánico u ordinario? Es la propia Constitución la que permite tales respuestas (que no soluciones como enseñaba en clases el profesor Pérez Royo). Desde esta perspectiva, la Constitución “es vital respecto a las definiciones de los derechos ciudadanos¹³⁹³”. No existe ningún impedimento (salvo las devenidas de preferencias teóricas) de que pueda esa misma Constitución «determinar» –explícitamente- y no solo la ley, el contenido o límite mínimo de los derechos sociales. Evidentemente, esta cuestión no es ajena al debate y a la réplica; ya que luce también problemática sobre todo frente a los defensores de la necesidad de actualización de la Constitución (hacia el futuro) por el legislador democrático.

Desde el llamado «constitucionalismo democrático» al que se refería Bonavides atrás, se quejaba –como nosotros- de los distintos problemas y dificultades; pero por sobre todo, por la pobreza de los resultados obtenidos con la

¹³⁹³ Prieto Valdés, Martha. *La constitución y el poder*, en: Visión iberoamericana del tema constitucional, Fund. Manuel García Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2003, p.235.

realidad actual¹³⁹⁴. Se trata de una posición crítica por los resultados de los operadores políticos (según la precariedad o pobreza en sus gestiones conforme a sus resultados). Claro está, igualmente sería una falacia pensar con ello que la sola regulación constitucional de cualquier derecho, y en nuestro caso, del derecho a la educación gratuita como derecho fundamental en su contenido mínimo expreso, resuelva –por sí mismo– los innumerables problemas que se encuentran en atención a su *falta de materialización*.

Ya específicamente respecto al derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita, es conveniente que el propio texto constitucional formule en forma explícita (prescriptiva y no descriptiva) los límites mínimos que se sostienen de la voluntad constituyente, que en nuestro criterio se consigue con **la obligatoriedad estatal de garantizar una plaza o cupo en cualquier situación**. El propio texto constitucional (debería) asignar un contenido propio (acceso a la educación), dejando solo en el legislativo las normas organizativas para «configurar» tal derecho¹³⁹⁵, como la distinción del sistema de edades, mecanismos de ingreso, procedimientos, organización administrativa, asignación de recursos, etc.), pero siempre partiendo de un «contenido mínimo básico constitucional».

Seguimos a García Schwarz al promover “la remoción de los tradicionales obstáculos materiales y para la superación de los prejuicios ideológicos que explican la posición todavía debilitada de los derechos sociales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos¹³⁹⁶”. Se concluye pues, que “sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de

¹³⁹⁴ Bonavides. *Del estado liberal...*, p.166.

¹³⁹⁵ Gavara de Cara, Juan C. *La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales*, en: Teoría y realidad constitucional, UNED, nro.20, España, 2007, p.317.

¹³⁹⁶ García Schwarz, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho, Miguel Ángel Porrúa Editor, México, 2011, p.54.

dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución¹³⁹⁷”.

En definitiva, lo que se plantea es revisar los «principios de separación de poderes»; el de «reserva de ley» y «democracia» frente al concepto material de la Constitución normativa dentro de un *Estado social moderno* (frente al *Estado social tradicional* para usar la expresión de Pisarello). Darnos cuenta al final de todo, que pueden (muy bien) coexistir tanto el legislador democrático (en su importante función de «desarrollar» los contenidos del derecho fundamental a la educación gratuita); junto al legislador constituyente (en su función –no menos importante- de «definir/distinguir» explícitamente unos contenidos mínimos expresos). En suma, que el legislador democrático desarrolle más allá de lo que el Constituyente le diga; en donde jamás pueda aquel tener capacidad para discernir si el derecho a una plaza/cupo forme o no parte del derecho a la gratuidad y obligatoriedad. Estos son los argumentos centrales para la consideración de los contenidos mínimos constitucionales explícitos.

3. LA EDUCACIÓN (GRATUITA) Y SUS MÍNIMOS CONSTITUCIONALES NECESARIOS EN EL ORDEN PRESTACIONAL. DIÁLOGO (QUE NO ENFRENTAMIENTO) CON LA ACCIÓN POLÍTICA.

La democracia y la política son temas tan polémicos como lleno de contradicciones. Nuestra intención es colaborar con la política en su sentido noble de la expresión –parafraseando a Rubio-Llorente¹³⁹⁸-, para construir una teoría que coadyuve al ejercicio de esa democracia sin pretensión de contrariarla. Todo a sabiendas de que “la educación es uno de esos ámbitos de la Política en cuya consideración y tratamiento pueden incidir posiciones ideológicas previas en

¹³⁹⁷ Morón Díaz, Fabio. *La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social*. Anuario de Derecho Constitucional, CIEDLA, Buenos Aires, 2000, pág. 668.

¹³⁹⁸ Rubio Llorente, Francisco. *La jurisdicción constitucional en España*, en: *La forma del poder*, 2ª ed., CEC, Madrid, 1997, pp.373-408.

cuanto a su concepción e interpretación¹³⁹⁹”. Tenemos claro, que hay datos suficientes acá constatados que existiendo tanta polémica (en España y Venezuela) por las tensiones ideológicas correspondientes al tema educativo, parece que hay algunos temas tan “sensibles” que deberían quedar al margen de la diatriba coyuntural, *los contenidos mínimos del derecho fundamental a la educación pública* en su sentido prestacional. Entonces, *¿cuáles parámetros se emplean para tal determinación prestacional a nivel de sus contenidos mínimos?*

En el supuesto de que existen determinadas condiciones mínimas en el derecho a la educación (que no modelos educativos previos); la mayoría afirma que son los poderes públicos quien establezca tales contenidos mínimos. Sin embargo, pocos dicen cuáles serían tales contenidos y ninguno defiende que se hagan por el constituyente; aunque tampoco lo niegan. Ora, entender este catálogo de previsiones dentro de la configuración legislativa, pasa por estudiar así, cuál sería entonces, el límite interno del derecho fundamental a la educación que sirva de punto de partida –pero no de referencia-, en el sentido de constituirse como un mínimo existencial del mismo (singular, preciso y detallado expresamente), para distinguirse de lo que la doctrina califica como contenido esencial (abstracto, impreciso y establecido por vía de interpretación de la multiplicidad de operadores).

Aclarado en los previos de este trabajo que cuando nos referimos a contenidos «mínimos» constitucionales (expresos), supone distinguirlos del «contenido esencial» y también al contenido «mínimo vital», intentamos precisar ciertas líneas maestras en lo primero. Ya vimos atrás algunas ideas de la doctrina en general que desde la abstracción, hacía algunas consideraciones (o listado) de aquellos elementos (rubros) que a su vez formaban parte del derecho a la educación en lo prestacional en categorías relacionadas. En ese orden de ideas, observamos que tanto desde la perspectiva de la doctrina constitucional a partir del «contenido esencial» o base mínima (Díaz Revorio, Embid Irujo, Martínez de Pisón,

¹³⁹⁹ Sánchez De Vega, Agustín. *La prestación de la educación*, en: 25 años de la Constitución, Revista Jurídica de Castilla y León, número extraordinario, enero, España, 2004, p.231

Fernández-Miranda, Sánchez de Vega, Ojeda Marín), como desde el «derecho al mínimo vital» o «mínimo de existencia» (Wunder Hachem, De Barcellos, Gavara de Cara, Arango); e incluso desde algunas sentencias relacionadas con el «contenido mínimo o vital» (Colombia y Brasil principalmente), se coincide en la idea de que *el «acceso a la educación» –principalmente- desde la vertiente prestacional, constituye esa parte nuclear o mínima, en donde se encuentra el derecho a una plaza o cupo en el sistema educativo.*

Por otro lado, buenas razones también son exportables desde algunas categorías singulares –e igualmente relacionadas- que trae el Derecho Internacional humanitario. Porque no obstante las diferencias que se predicán de esta categoría en el ordenamiento internacional de los derechos humanos; con relación a este punto, resultan adecuadas las precisiones que se consiguen por algunos estudios, sobre las relaciones en lo interno de cada Constitución acerca de las obligaciones estatales en la materia. En este tenor:

“«contenido mínimo esencial» de un derecho **es la base mínima intangible de cada derecho que todas las personas en todos los contextos deben tener garantizado.** Indica un tope mínimo debajo del cual no debe actuar ningún gobierno, aun en condiciones desfavorables. En cambio, algunos elementos del «contenido esencial» pueden ser limitados bajo circunstancias especiales, pero el contenido mínimo esencial establece un tope para la acción de cualquier gobierno¹⁴⁰⁰”. (Las comillas inglesas nuestras).

En la misma línea, Parra Cortés aclara tales predicamentos: “La consecuencia de este planteamiento, es que existirán unos contenidos normativos mínimos sobre derechos, dados desde el derecho internacional y que deberán ser incorporados al derecho interno”¹⁴⁰¹”. Dicha autora concretamente sostiene, “ya es posible diferenciar dos ámbitos de regulación, que permitirán hablar de la

¹⁴⁰⁰ Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea), Módulo 8: *Cómo definir el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales problemas y perspectivas*, Caracas, s.f., p.171

¹⁴⁰¹ Parra Cortés, Lina V. *Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo*. El caso del derecho al trabajo, Ecuador, 2010, p.61. Disponible: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2499/1/T0963-MDE-Parra-Contenido%20m%C3%ADnimo.pdf> (marzo, 2015).

existencia de un núcleo mínimo o primario de contenido, que se denomina contenido mínimo dado por el derecho internacional, y, otro esencial o secundario, conocido como contenido esencial dado por el derecho interno¹⁴⁰²”. Incluso va más allá, al agregar que **el contenido mínimo es determinante del contenido esencial**¹⁴⁰³.

Buscamos un diálogo sincero entre las necesidades que implican la materialización de los contenidos constitucionales por los órganos de representación popular (mediante la acción política); y de otra, analizar algunos de los “problemas” que han conllevado esa delegación en la cuestión que nos proponemos, sobre todo por las inconveniencias a la hora de establecer esos mínimos necesarios prestacionales. Comprendemos la necesaria mediación de los actores políticos que encarnan a su vez la representación “soberana” (ciudadana) ante los diversos órganos del poder público; pero asumimos algunas carencias de los problemas de pérdida de la centralidad política tratados en su oportunidad. Estamos en favor de un consenso mayor: mediante el legislador constituyente.

3.1. El «contenido mínimo» realmente constitucional del derecho a la educación en su vertiente prestacional: el acceso a una plaza o cupo en cualquier momento y circunstancia.

El «acceso a la educación» se constituye quizá en la parte más visible –aunque no la única– de la educación en su vertiente prestacional. Entramos en un complejo entramado jurídico-constitucional para construir la tesis que reivindique tal acceso: *la concesión de una plaza*. Aunque ciertos autores usan un lenguaje peyorativo frente a lo que llaman una versión “caricaturizada” acerca de que el carácter exigible de los derechos sociales, incluya por ejemplo, «proporcionar una

¹⁴⁰² Parra Cortés, Lina V. *Contenido Mínimo de los derechos humanos...*, p.62.

¹⁴⁰³ *Ob. Cit.*, p.62.

plaza escolar¹⁴⁰⁴», en contraste, en su mayoría, tanto los cultores del «contenido esencial», como los defensores del «contenido mínimo vital» y hasta los del «contenido mínimo» (solamente), postulaban que mediante tales categorías se conseguía el acceso a la educación básica institucionalizada como su límite interno.

En el caso español, si bien se reconoce “un débil derecho constitucional a la elección de centro educativo que en realidad queda totalmente mediatizado por la limitación de plazas. Así, aunque esté asegurada la escolarización, ante la limitación de plazas en los centros, el procedimiento de admisión es crucial¹⁴⁰⁵”; creemos que tal preocupación es perfectamente trasladable al caso venezolano, pero sobre todo a la debilidad de las implicaciones prácticas (presupuestarias) para la asignación de plazas en la enseñanza primaria (aun faltando una relación preexistente o determinada¹⁴⁰⁶).

A pesar del importante grado de configuración legislativa, es posible preservar unos contenidos mínimos del derecho¹⁴⁰⁷. Si entonces se traslada la facultad de determinar qué es la enseñanza básica¹⁴⁰⁸; e incluso, desarrollar los procedimientos y mecanismos en torno a la gratuidad¹⁴⁰⁹; debemos entender por obvio que el campo del «acceso» es también de materia legislativa. En estas ideas, aunque sea un hecho reconocido que no se discuta la gratuidad ni obligatoriedad de la educación; parece que si ha de justificarse el derecho a “la plaza solicitada de adjudicarse¹⁴¹⁰”. Si bien en el caso español, la Constitución condiciona “las partidas presupuestarias de todo gobierno constitucionalmente legítimo y ordena al

¹⁴⁰⁴ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p.76.

¹⁴⁰⁵ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p.192.

¹⁴⁰⁶ Casal Hernández, Jesús M. *La protección internacional y constitucional de los derechos sociales*, Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús M. Casal Montbrun, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p.23.

¹⁴⁰⁷ Cotino Hueso, Lorenzo. *El derecho a la educación...*p.106.

¹⁴⁰⁸ Cotino Hueso, Lorenzo, *Ob. Cit.*, p.206.

¹⁴⁰⁹ *Ob. Cit.*, pp.208-210.

¹⁴¹⁰ Garrido Falla, Fernando. *Comentarios a la constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p.550.

legislador arbitrar los recursos necesarios para hacer efectivo el derecho de cada alumno en edad de cursar la enseñanza básica...a un puesto escolar que pueda exigir ante los tribunales frente al Estado¹⁴¹¹”. Del mismo modo, Embid Irujo, aunque reconoce la importancia al derecho al acceso como parte integrante del derecho a la educación; es consciente que *todo se “reduce” a que naturalmente haya plazas disponibles*¹⁴¹².

Entonces, nos planteamos: *¿Y si no hay suficientes números de plazas/cupos?; ¿qué pasa con los alumnos que deben mudarse de zona o ciudad por asuntos laborales de sus padres?; ¿tienen o no garantizado “siempre” una plaza?; ¿o deben acudir al sistema de planteles concertados e incluso privados?; ¿les vamos a explicar a estos sujetos que las leyes de presupuesto están “primero”?; o, en cambio, ¿debemos o podemos forzar a unas partidas especiales para atender “siempre” la problemática relativa a la asignación de plazas?* Un brevísimo paréntesis nos llevará a recordar la resolución de la Alta Corte Constitucional colombiana que declaró afectado el acceso al derecho a la educación de menores por el conflicto armado (porque se vieron compelidos a desplazarse de sus lugares); perdiendo sus “plazas” en sus escuelas de origen y quedando a merced de la burocracia política; allí donde intervino la justicia.

En el caso venezolano, resalta la posición que tiene Peña Solís, quien si bien también reconoce la necesaria intermediación legislativa en un derecho como este; tiene una tesis singular. No porque reconoce abiertamente que el acceso a la educación aparece en sí mismo como el contenido o núcleo esencial del derecho; sino porque plantea que por la forma en que está regulado el precepto por el constituyente patrio, dicho derecho «aparece casi totalmente acotado», lo que

¹⁴¹¹ Redondo, Ana. *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.69.

¹⁴¹² Embid Irujo, Antonio. *El contenido del derecho a la educación*, Revista Española de derecho administrativo, nro.31, 1981, p.660.

según sus palabras pudiera decirse reglamentado¹⁴¹³. Sus comentarios de que está casi totalmente acotado; permite concluir *que nada obsta a que pueda completarse por el propio constituyente* en forma “expresa”. Efectivamente, si miramos el precepto del que hace referencia este autor, notamos rápido la firmeza de tal acierto cuando el artículo 103 CRBV establece con meridiana claridad: “(...) La educación **es obligatoria** en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida por instituciones del Estado **es gratuita** hasta el pregrado universitario...”. (Subrayado nuestro). Lo expuesto allí, supone lo que el profesor Peña se refería que estaba “acotado”; de forma que al menos se tenga como contenido “implícito”, lo que demuestra que no hay impedimento en que ese mismo precepto agregue algo así como, “debiendo los poderes públicos ejecutar todo cuanto sea necesario para **la asignación de plazas o cupos en cualquier momento y circunstancia.**”

Partimos de la posibilidad de constitucionalizar en su forma expresa: el derecho prestacional de acceso a una *plaza* –como se conoce en España- o *cupo* –como se conoce en Venezuela- en la educación/enseñanza básica en todo momento y circunstancia (quedando solo a los poderes públicos fijar los procedimientos de tal asignación); esto es, sin excusas de temas presupuestarios, de burocracia y demás cuestiones técnicas. **El carácter mínimo –si se quiere vital- del contenido a la educación gratuita se regulará en la asignación de una plaza/cupo.**

Implicaría, sacar del debate político la discusión del límite interno o mínimo del derecho a la educación desde lo prestacional; lo que redundaría igualmente en facilitar su exigibilidad (sobre todo ante los tribunales). Conduciría a dejar al legislador nacional el *desarrollo* de las políticas de acceso según sus criterios de oportunidad política en sus diferentes regímenes (personas con discapacidades especiales; población reclusa e indígenas en su caso); pero *siempre partiendo del contenido mínimo prestacional de asignación de una plaza en todo momento y*

¹⁴¹³ Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Manuales universitarios, Ed. Paredes, Caracas, 2014, p.187.

circunstancia. Dependerá del legislador, cómo articular tal “orden” constitucional, la cual no puede ser reducida por aquel en ninguna forma y circunstancia.

1. CONCLUSIONES.

1. En la formación del Estado social (en abstracto), se conjugan distintos factores y elementos, cuyo mayor o menor influjo, dependerá de las distintas perspectivas/visiones de los autores.
2. Las primeras constituciones propias del constitucionalismo social; Querétaro (1917) y Weimar (1919); que nacen en contextos distintos; se encuentran a suerte de homologación en las regulaciones de los derechos sociales.
3. El derecho a la educación y/o a la enseñanza ha representado en la historia constitucional de España y Venezuela una cuestión determinante en la alta pugnacidad política, a veces hasta catalizador de intensos enfrentamientos internos. Los primeros textos constitucionales que se remontan en Venezuela desde 1811 y España desde 1812; son parte de esa historia, que sucesivamente se ha proyectado en diversos cambios hasta el presente.
4. En sus primeros tiempos, en ambos sistemas, la influencia de la Iglesia Católica determinó la agenda política en cuanto al tema educativo.
5. Los antecedentes de cada país para llegar a sus respectivos Estados sociales, se consiguen como inestables; dominados por las luchas ideológicas y demás grupos de poder (en parte por la crispación que producían el tema educativo); con diversos golpes de Estado y rompimiento del hilo constitucional.
6. Para llegar a regular el derecho a la educación como derecho fundamental en sus respectivas Constituciones, se requirió de un gran esfuerzo político por vía de consensos.
7. El derecho a la educación en su vertiente prestacional debe conectarse necesariamente con el derecho a la enseñanza en su versión más libertaria.
8. *El Estado liberal* estuvo precedido de una serie de elementos propios (en forma de principios y valores); que tuvieron que “adaptarse” en el tránsito de aquel hacia el *Estado social*. La doctrina se debate acerca de la identidad de estos elementos en uno y otro tipo de Estado, resaltando dentro de esta

última formación modélica la conjugación de la *igualdad material, la dignidad humana, la justicia social y la solidaridad*.

9. Parte de un sector doctrinal, comprende –como nosotros- que la solidaridad se compone como un valor –en orden de preferencia *de otros elementos comunes-* en virtud de que puede ser un articulador del resto de principios y valores del Estado social. De hecho, en la CE aparece recogido como un *principio*; en la CRBV como un *valor superior*.
10. Todavía sigue el debate acerca de la compleja solución de la “universalidad” de los derechos sociales; con ideas en pro y en contra.
11. El Estado liberal la Constitución se comprende por la prescripción de principios de organización estatal respecto al reparto de competencias y el control del poder. En materia de derechos, siendo los textos políticos programáticos, significan solo un marco de referencia para ser “desarrollados” por los órganos del poder político. Así se mantuvo –*y mantiene-* en la mayoría de derechos sociales.
12. Desde el marco constitucional de 1931 a 1978, en España ha sido intenso el trabajo legislativo de los distintos factores políticos que hacen vida en el Congreso; tanto, que se acusa por algunos que cada sector parece estar “leyendo” de la Constitución un modelo suyo (acorde con sus interpretaciones singulares). En Venezuela, desde la Constitución programática de 1961, al confiar tanto en el poder legislativo, se *desfundamentalizó* el derecho (fundamental) a la educación gratuita; en el entendido de que fue desarrollado normativamente diecinueve (19) años después; y en el caso de la Constitución de 1999, con sustanciales mejoras, sigue en manos de una discrecionalidad política no reglada (en cuanto a graves afectaciones en la prestación de un servicio que no es universal, a pesar de prescribirse así; amen de su precariedad y mala calidad).
13. Los principios de división de poderes y de legalidad construidos en la perspectiva liberal, constituyen un hito en la evolución del Estado mismo, construyendo un paradigma basado en la confianza del poder legislativo

14. En el Estado formal de derecho, el Estado es abstencionista –preferiblemente *mínimo*-; predominando los derechos civiles y políticos impulsados por la clase dominante (estatus quo).
15. En el Estado formal de Derecho; luego de su consolidación, las luchas por las reivindicaciones sociales se hacían en el terreno de la política (no obstante de las discriminaciones de clases para el ejercicio del voto de las mujeres, los pobres, etc.).
16. Desde la profusión de la idea originaria de la cuestión social, los derechos sociales han sido objeto de innumerables debates (interminables), desde su inoperatividad en normas programáticas hasta su adscripción en el catálogo de los derechos fundamentales.
17. El Estado social de derecho representa un modelo que junto al Estado de bienestar y el Estado de providencia, acreditan un amplio intervencionismo estatal. Las equivalencias y diferencias entre uno y otro se documenta por abundante doctrina; prefiriéndose en nuestro caso un trato diferenciado
18. La problemática acerca de la (mejor) forma de establecer los contenidos de derechos fundamentales no es un tema cerrado. Mediante determinada racionalización, corresponde al poder legislativo –principalmente- su libre configuración, pero acotado desde las teorías del «contenido esencial» y del «derecho a un mínimo existencial o vital» que se han conjugado en ese sentido.
19. Se debe al derecho público alemán la profusión de las ideas acerca de la distinción entre normas programáticas vs. normas fundamentales; pero también sobre el contenido esencial y el derecho al mínimo vital.
20. El contenido esencial, a su vez, ha sido objeto de varias teorías que se implican para hacerlo viable. En España, su Tribunal Constitucional ha desarrollado una intensa doctrina acerca del contenido esencial con miras a controlar los actos/omisiones del poder legislativo (principalmente); caso distinto en Venezuela, cuya Sala Constitucional no solo no ha formulado una teoría sólida en esta materia; sino que en cambio, ha empleado la figura del contenido esencial en forma regresiva.

21. Buena parte de la doctrina (y la jurisprudencia) reconoce la dificultad del establecimiento del contenido esencial; sobre todo desde las críticas que se formulan al tenerse como un «concepto jurídico indeterminado». Para un sector, el contenido (esencial) *puede* estar ya definido en la propia Constitución (Aba Catoira, Balaguer Callejón); y para otro sector, debe distinguirse entre el «contenido mínimo» de todo derecho en relación a la cláusula del Estado social es distinto al «contenido esencial» (Aragón Reyes).
22. Ese contenido esencial de todo derecho debe ser deducido principalmente por el legislador (que debe respetar un supuesto núcleo abstracto); pero consecuentemente corresponde a los tribunales su determinación (en casos concretos).
23. El «contenido mínimo», el «contenido esencial» y el «derecho al mínimo vital», son categorías relacionadas -pero distintas-, que se juntan para dar respuestas al sistema conforme determinadas circunstancias.
24. El derecho al mínimo vital (de raigambre alemán), aparece desarrollado desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia de Alemania, Colombia, Brasil, Suiza, Perú y Portugal; recientemente por España; y jamás por Venezuela.
25. La creación del mínimo vital produjo una nueva dinámica sobre los diálogos de los poderes públicos.
26. El contenido esencial tiene por objeto establecer límites “abstractos” a las intervenciones (limitaciones) del legislador (en materia de derechos fundamentales); el mínimo vital permite reconocer unos contenidos “vitales” de derechos que los tribunales consideran deben proveerse para garantizar la dignidad humana e igualdad material.
27. La pérdida de la centralidad política y ciertas contradicciones de la democracia (sobre todo frente al tema de las omisiones legislativas, las regresiones de derechos y la discusión de la reserva de lo posible), plantean retos acerca de establecer *cuál sería* la mejor forma de establecer los

procedimientos para la determinación de los límites internos en derechos fundamentales.

28. El concepto de Constitución normativa supone un cambio de paradigma en la actualización del concepto de legalidad (y del rol del legislador), junto al resto de principios imbricados (división de poderes, reserva legal, irreversibilidad de derechos).
29. El legislador *no es el único* habilitado para el desarrollo de los derechos sociales fundamentales, cuando supuestamente (para un sector) los tribunales estarían mejor capacitados para “proveer” derechos prestacionales (incluyendo reclamos del ámbito educativo).
30. La distinción entre Constituciones en detalle y Constituciones abiertas es relevante frente al *tipo* de legislador al momento de establecer los límites internos de derechos, si en el caso de las primeras, dichos límites estuvieren debidamente acotados.
31. Frente a la tesis de la inconveniente constitucionalización de los derechos sociales (Alexy); por otra parte, responden que la constitución *debería* contener derechos sociales mínimos «implícitamente» (Villaspín Oña) o «expresamente» (Michelman y Ralws).
32. El contenido esencial supone un concepto histórico y por ende sometido a cambios; lo que hace del mismo un elemento dinámico (en cuanto a su movilidad para cambiar) y según el tiempo (temporalidad). Sin embargo, la variabilidad del contenido de derechos puede no necesariamente afectar el mínimo o núcleo (que siempre será el mismo como base prescriptiva y no solo como referencia para los poderes públicos).
33. La Constitución Española (1978) inspiró en buena medida la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). En la primera los derechos sociales fundamentales son menores; la segunda es más prolija. En ambas, el derecho a la educación gratuita se regula entre sus derechos fundamentales. En la CE aparece dentro de los derechos sociales “clásicos” y en su ordenamiento legal como un servicio público. En la CRBV aparece dentro de los derechos “educativos” (especie de derechos sociales), pero

también como servicio público y derecho humano. La CE tiene carácter de abierta; la CRBV es más al detalle.

34. Ciertos elementos derivados en derechos humanos (contenido esencial o mínimo) pueden servir de *marco de referencia* a los ordenamientos jurídicos de España (Art.10.2. CE) y Venezuela (Art.23 CRBV).
35. Desde el sistema internacional de derechos humanos se postula una categoría llamada «contenido esencial» (como indicador de las obligaciones estatales mínimas en cada derecho); que exclusivamente aplica a ese tipo de derechos (incluyendo los derechos sociales); pero no puede confundirse al contenido esencial interno (previsto desde cada legislador nacional).
36. Desde la doctrina y la jurisprudencia (del contenido esencial y el contenido mínimo vital), el acceso a la educación se postula como “parte” integrante del derecho a la educación en su vertiente prestacional. Su núcleo o límite interior o mínimo lo constituye el derecho a una plaza o cupo dentro del sistema educativo; quedando en el poder legislativo la organización y procedimientos a tal proveimiento.
37. Pese a los problemas de determinación de contenidos mínimos en materia de derechos sociales; hay que seguir trabajando en vista de su notable relativización frente a los llamados derechos individuales y políticos. Para un sector doctrinal, los primeros siguen en “constante” minoría de edad (Cascajo, Pisarello).
38. Los derechos sociales y económicos son tan costosos como los derechos civiles y políticos (Abramovich, Courtis, Cascajo, Pisarello).
39. No todos los derechos sociales son prestacionales. El derecho a la educación gratuita, es un derecho prestacional por excelencia.
40. El derecho a la educación se predica como un derecho transversalizado; al ser al mismo tiempo parte integrante de los derechos sociales, económicos, políticos y culturales; porque lejos de la división de derechos humanos, los abarca todos (Tomasevski).

2. NUESTRA PROPUESTA.

Es evidente que una interpretación por medio de los poderes públicos, permitiría afirmar que *desde* los textos constitucionales de España y de Venezuela, junto a diversos instrumentos en derechos humanos, puede “deducirse” entre los «contenidos mínimos de derechos» (*que no contenidos esenciales*), el derecho a una plaza o cupo como consecuencia del acceso a la educación/enseñanza.

Lo que proponemos es sencillo. Evitar tal construcción argumentativa (y posibles disminuciones en sus contenidos “básicos” por vía de regresiones autorizadas) y *prescribir expresamente* ese derecho a una plaza o cupo como su contenido mínimo prestacional «**en**» (y no *desde*) los textos constitucionales de España y de Venezuela.

Cada país por su propia dinámica buscará la fórmula para hacer valer – hipotéticamente- la concreción de nuestra idea en su texto Constitucional; allí donde cabría una Asamblea Nacional Constituyente; por lo que significa un debate para resolver tan complejo tema.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

-A-

ABA CATOIRA, Ana. *El legislador limitador de derechos*, en: Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Editorial, Estudios constitucionales y políticos, M. A. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001.

ABAD YUPANQUI, Samuel. *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales*. Estudio preliminar, Revista Themis, nro. 21, 1992.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, en: Propuestas a la Nación. Academias Nacionales de Venezuela, Contribución a la celebración del Bicentenario de la independencia, Ed. Italgráfica, Caracas, 2011.

ACOSTA, Vladimir. *Independence, Sovereignty and Social Justice in The Thinking of The Liberator Simón Bolívar. Text selection and Analysis*, Fondo Ed. Darío Ramírez, Petróleos de Venezuela, 2007.

ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier. *El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección*, en: Derechos fundamentales y Estado, Miguel Carbonell (Coordinador), Instituto de Investigaciones jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, México, 1ª ed., 2002.

ADAME GODDARD, Jorge. *Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad*, en: Derechos fundamentales y Estado, Miguel Carbonell (Coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, México, 2002.

AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Sección Doctrina Jurídica, Nro.149, Ciudad de México, 2003.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones?*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones

Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011.

AGUIRRE CASTRO, Pamela. *El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿cambio de paradigma?*, en Umbral, Revista de derecho constitucional, Garantías jurisdiccionales y derechos constitucionales, Nro.3, ene-jun., Corte Constitucional del Ecuador, Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, Quito, Ecuador, 2013.

ALÁEZ CORRAL, Benito. *El derecho a la educación del menor como marco delimitado de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos*. Conferencias y seminarios, Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas. I Encuentro sobre estudios jurídicos políticos en educación. Fundación Europea Sociedad y educación, España, 2006.

ALÁEZ CORRAL, Benito. Principio de solidaridad y derecho a la educación, en: Los derechos sociales como instrumento de emancipación, N. Martín (Coord.); M. A. Presno Linera e I. Wolfgang Sarlet (Eds.), Aranzadi, nro.646, España, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, El derecho y la justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*, Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho, Nro.1, Universidad de Externado, Bogotá, Colombia, 1ª ed., 2005, 5ª reimpresión, 2009.

ALMÉCIJA BERMÚDEZ, Juan. *La cultura en la educación venezolana, en: Aproximación a nuestra cultura*, Fundación Venezuela positiva, Caracas, 2011.

ALVARADO ANDRADE, Jesús M. *Reflexiones sobre la justicia constitucional como función republicana. ¿Es la justicia constitucional en Venezuela un instrumento de democracia?*. Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Caracas, 2010.

ÁLVAREZ, Julio César. *Restricciones de los Derechos Fundamentales*, Vadell hermano editores, Caracas-Valencia, Venezuela, 2010.

ÁLVAREZ CHACÍN, Francisco. *Manual de Derechos humanos*, Editores Vadell hermanos, Caracas-Valencia, Venezuela, 2010.

ÁLVAREZ DÍAZ, Ángel Eduardo. *La constitución de 1961 y los retos de la Venezuela postpopulista*, en: Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social

y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991.

ALZAGA, Oscar. *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

AMAYA, Jorge A. *Democracia y constitución. El poder del juez constitucional*, Colección textos jurídicos, Fund. para el Desarrollo de las Ciencias jurídicas, Argentina, 2012.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Justicia/conflicto*, colección ventana abierta, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

ANGUITA SUSI, Alberto. *La problemática de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales en España*, en: *Tutela de derechos en sede jurisdiccional*, E. Espinosa-Saldaña, G. Ruiz-Rico Ruiz y A. del Real Alcalá (Coords.), Fondo Ed. del Poder Judicial, Lima, Perú, 2012.

ANZOLA SPADARO, Karina y HERRERA ORELLANA, Luis A. *La educación privada en Venezuela y su garantía constitucional. Críticas al tratamiento de la educación como servicio público reservado en las regulaciones legales y administrativas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2010.

APARICIO, Miguel. *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ed. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1980.

ARAGÓN REYES, Manuel. *El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad*, en: *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (Compiladores), UNAM, Ed. Porrúa, México, 2004.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Comentarios al artículo 1º Constitución de España*, en: *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario (Obra colectiva)*, Fundación Wolters Kluwer, M. Pérez Manzano e I. Barrajo Iniesta (Coords.) y M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.), Toledo, 2008.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Ed. Legis, 1ª ed., Bogotá, 2005.

ARANGO, Rodolfo. *Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial*, en: *El Otro Derecho*, núm. 28, julio, Ilsa, Bogotá D.C., Colombia, 2002.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*, Ed. Ara, Lima, Perú, 2004.

ARISMENDI, Alfredo. *Derecho constitucional*, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias jurídicas y políticas, Caracas, 2001

ARRÁIZ LUCCA, Rafael. *Las constituciones de Venezuela (1811-1999)*, Ed. Alfa, Biblioteca Rafael Arráiz Lucca, Nro.07, Ed. Melvin, Caracas, 2012.

ASHFORD, Douglas E. *La aparición de los Estados del Bienestar*, Colección Historia Social, Nro.14, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.

ASENJO, Oscar de Juan. *La constitución económica española, iniciativa económica versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, colección de estudios constitucionales, Madrid, 1984.

AYALA CORAO, Carlos. *Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales*, en: Reforma & constitución. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991.

ÁVILA HERNÁNDEZ, Morella y MARTÍNEZ DE CORREA, Luz. *Reflexión sociojurídica sobre los derechos fundamentales prestacionales en Venezuela*. Caso: Los derechos educativos, Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, Vol. VII, Nro.1 (ene-jul.), 2001.

AZPIAZU CASTRO, Humberto. *Los fundamentos de los derechos sociales como derechos fundamentales*, en: Constitucionalismo de los derechos (Colectivo de autores de Iberoamérica), B. Barrios González y L. Barrios Chávez (Directores), Asociación Panameña de Derecho procesal Constitucional, Ed. Barrios & Barrios, Ciudad de Panamá, 2014.

-B-

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, en: Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Estudios constitucionales y políticos, M. Á. Aparicio (Coord.), Ed. Cedecs, Barcelona, 2001.

BALDASARRE, Antonio. *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, No 20, Colombia, 2001.

BALDWIN, Peter. *La Política de Solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, Colección ediciones de la Revista de Trabajo, Nro.39, 1992.

BARRACO AVILÉS, María del C. *Exigibilidad de los derechos sociales y democracia*, en: Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia (Obra Colectiva), S. Ribotta y A Rossetti (Edrs.), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates, Nro.13, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

BARBAGELATA, Aníbal Luis. *Derechos fundamentales*, Ed. Fundación de cultura universitaria, 2ª ed., Montevideo, Uruguay, 2000.

BARCELONA, Pietro y CANTARO, Antonio. *El Estado social entre crisis y reestructuración*, en: Derecho y economía en el Estado social (Obra Colectiva), J. Corcuera Atienza y M. Á. García Herrera (Editores), Ed. Tecnos, 1ª ed., Madrid, 1988.

BASTIDAS MORA, Patricia. *El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso*, Revista Vía Juris, nro.9, Colombia, 2009.

BASTIDA, Francisco J. y REQUEJO, Juan L. *Cuestionario comentado de Derecho Constitucional*. El sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional, Ariel derecho, 2ª ed., Barcelona, 1999.

BASSOLS COMA, Martin. *Constitución y sistema económico*, Temas clave de la Constitución Española, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988.

BENDA, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*, en: Manual de Derecho Constitucional (Obra Colectiva), Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.

BERMÚDEZ BUENO, William y MORALES MANZUR, Juan Carlos. *Estado social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991*, en: Cuestiones Jurídicas, vol.28, nro.48 (ener-jun.), Maracaibo, Venezuela, 2012.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2005.

BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.118, Ed. Ediar, México, DF, 2003.

BIDART CAMPOS, Germán. *El futuro del constitucionalismo y sus posibles proyecciones hacia el sistema de derechos*, en: Constitución y constitucionalismo hoy, Fundación Manuel García-Pelayo, Exlibris, Caracas, 2000.

BIDART CAMPOS, Germán. *Doctrina social de la iglesia y derecho constitucional*, ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2004.

BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter, *Derecho constitucional comparado*, Ediar, Buenos Aires, tomo I, 1998.

BLANCO URIBE, Alberto. *Fundamento de la igualdad de derechos humanos entre nacionales y extranjeras y extranjeros migrantes: España y Venezuela*, en: Temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Caracas, 2010, p.91.

BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*, Trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.

BOLÍVAR, Ligia. *Derechos Económicos, sociales y culturales. Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina, Serie Apuntes, Provea, Caracas, 1996

BOLÍVAR, Ligia. *El derecho a la educación*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, XXVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, Universidad Católica Andrés Bello, San José de Costa Rica, 2010.

BOLÍVAR, Ligia. *Derechos Económicos, sociales y culturales. Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*. Instituto interamericano de derechos humanos serie estudios básicos, Tomo V, San José de Costa Rica, 1996.

BORRAJO INIESTA, Ignacio. *El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación*, en: La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, Congreso de Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol.I, Madrid, 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Auflage, Alemania, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Del estado liberal al estado social*, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 11^a ed., 2014.

BRAGUE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

BREWER CARÍAS, Allan. *Historia constitucional de Venezuela*, tomo II, Ed. Alfa, Colección Trópicos/Historia, nro.81, Caracas, 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan. *Instituciones políticas y constitucionales*, Ed. Jurídica Venezolana, Universidad católica del Táchira, tomo II, Caracas-San Cristóbal, 1996.

BREWER CARÍAS, Allan. *El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo Cádiz no influyó en el venezolano)*, en: El estado constitucional y el derecho administrativo en Venezuela, Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.

BURGOS, Benjamín. *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Ed. Virtudes, Buenos Aires, 2 Burgos, 2005.

-C-

CÁMARA VILLAR, Gregorio. *Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España*, en: Revista en Educación, nro.344, sept-dic., España, 2007.

CÁMARA VILLAR, Gregorio. *El derecho a la educación*, en: Comentario a la constitución económica de España, C. Molina Navarrete y otros (Coords.), Ed. Comares, Granada, 2002.

CAMPOS, Magaly. *El sistema de derechos humanos en la Constitución de 1999*, en: El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela, L. Salamanca y R. Viciano Pastor (Coords.), CEPS, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Vadell hermanos editores, Caracas-Valencia, 2004.

CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl C., UTRERA GARCÍA, Juan C., [et. al]. *La irreversibilidad de las conquistas sociales de Konrad Hesse al legacentrismo neopositivista del nuevo milenio (o cómo la crisis económica ha venido con una Reine Rechtslehre bajo el brazo)*, en: Legalidad y legitimidad en el Estado contemporáneo, J. Gómez (Editor), Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

CANOSA USERA, Raúl. *La interpretación constitucional como modalidad del control del poder*, en: El control del poder, tomo I, Biblioteca peruana de Derecho Constitucional, P. Häberle y D. García Belaúnde (Coords.), nro.38, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Fondo Ed. de la Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2012.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio. *El modelo iberoamericano de justicia constitucional. Características y originalidad*, Serie Derecho Procesal Constitucional, Paredes Editores, Caracas, 2012.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime F. *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

CARBONELL, Miguel y SANCHEZ GIL, Rubén. *¿Qué es la constitucionalización del derecho?*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Quid juris, nro.15, México, 2011.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2007.

CARMONA, Encarnación. *La Consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial*, en: Derecho Constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, tomo I, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

CARMONA CUENCA, Encarnación. *¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?*, en: Estudios sobre la Constitución Española (Obra Colectiva), Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, Cortes Generales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universitat de Barcelona, Ajuntament de Mollet del Vallès, Vol.II, Madrid, 2008.

CARMONA CUENCA, Encarnación. *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la constitución española de 1978*, Estudios Internacionales, nro. 172, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 2012.

CARPIZO, Jorge. *Una clasificación de los derechos de la justicia social*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011.

CARPIZO, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, Coordinación de Humanidades, Dirección General de Publicaciones, México, 1973.

CARILLO ARTILES, Carlos L. *La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999*, en: El sistema político en la constitución Bolivariana de Venezuela, L. Salamanca y R. Viciano Pastor, CEPS, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, 2004.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M. *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de justicia constitucional en la nueva carta magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M. *La protección internacional y constitucional de los derechos sociales*, Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús M. Casal Montbrun, tomo II, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M. *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Ed. Legis, 1ª ed., Caracas, 2010.

CASALE VALVANO, Pedro. *Constitucionalización del derecho laboral y la tutela judicial efectiva*, en: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Edición homenaje a Fernando Parra Aranguren, nro.5, Caracas, 2015.

CASCAJO CASTRO, José L. *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

CASCAJO CASTRO, José L. *Derechos sociales*, en: Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación Constitucionalistas Españoles, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, 27 y 28 de enero de 2011, Ed. Tirant Loblanch, Valencia, España, 2012.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27 CE*. Universidade da Coruña, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2004.

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. *Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales*, Facultad de derecho área departamental de derecho, Universidad de Piura, Perú, 2002.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al código procesal constitucional*, tomo I, Título preliminar y disposiciones generales, 2ª ed., Ed. Palestra, Perú, 2006.

CASTELLÀ ANDREU, Josep. *El artículo 10.2. de la Constitución como canon de interpretación de los derechos fundamentales*, en: Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Ed., Estudios constitucionales y políticos, M, Á. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001.

CEA EGAÑA, José L. *Luz y sombra en la evolución hacia el Estado social en Chile*, En: El control del poder, tomo II, Biblioteca peruana de Derecho Constitucional, P. Häberle y D. García Belaúnde (Coords.), nro.38, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Fondo Ed. de la Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2012.

CERÓN ZAPATA, Pilar. *La protección de los Derechos económicos, sociales y culturales en el Reino Unido*, Cap.IX, en: Corte Constitucional y Estado social de Derecho, Colección Memorias Jurídica, Nro.4, Sello Ed., Universidad de Medellín, 1ª ed., Medellín, 2007.

COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997.

COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, Derechos e interpretación jurídica*, en: Ensayos de teoría analítica del derecho, Nro.5, Ara editores, 1ª ed., Lima, Perú, 2010.

COMÍN COMÍN, Francisco. *El surgimiento y desarrollo del Estado de Bienestar (1883-1980)*, en: El Estado del Bienestar en la encrucijada (Obra Colectiva), S. Salort i Vives y R. Muñoz Haedo (Eds.), MG, Monografías, Publicaciones Universidad Alicante, Alicante, 2007.

COSSIO DÍAZ, José R. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989.

COMBELLAS, Ricardo. *Estado de Derecho. Crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, Nro.XLVI, Caracas, 1990.

COMBELLAS, Ricardo. *El estado social de Derecho, la Constitución de 1961 y la reforma del Estado en Venezuela*, en Constitución & reforma, Comisión Presidencial para la reforma del Estado, Caracas, 1991.

COMBELLAS, Ricardo. *La tradición republicana. La doctrina bolivariana y la Constitución de 1999*, en: Visión Iberoamericana del tema constitucional, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003.

COTINO HUESO, Lorenzo. *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

COURTIS, Christian. *Los derechos sociales en perspectiva*, en: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, M. Carbonell (Editor), Ed. Trotta, Colección Estructura y procesos, Serie Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Madrid, 2007.

CRUZ, Paulo M. *Fundamentos do Direito Constitucional*, 2ª ed., Juruá Editora, Curitiba, Brasil, 2011

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Formación y evolución de los Derechos fundamentales*, Revista Española de derecho constitucional, año 9, núm.25, ene-abril, 1989.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Derechos fundamentales y legislación*, en: Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio De Otto, U. Gómez Álvarez (Coord.), Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, España, 1993.

-CH-

CHACÓN MATA, Alfonso. *Contenido y alcance del derecho a la educación en el ámbito internacional*, Actualidades Investigativas en Educación (Revista

Electrónica), Instituto de Investigación en Educación, Universidad de Costa Rica, Vol. 7, Número 2, mayo-agosto, Costa Rica, 2007.

CHAVERO GAZDIEK, Rafael. El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela, Ed. Sherwood, Caracas, 2011.

-D-

DALTON, George. *Sistemas económicos y sociedad*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.

DAMIAN TRAVERSO, Juan. *Por un consenso constitucional en educación*, en Revista de educación. Constitución y educación, Servicio de publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, G. Junoy (Dir.), nov-dic., nro.253, Madrid, 1977.

DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Sección Doctrina Jurídica, Nro.149, Ciudad de México, 2003.

DE AZCÁRATE, Gumersindo. *Resumen de un debate sobre el problema social*, Analecta Ed., Pamplona, 2003.

DE AZEVEDO, Fernando. *Sociología de la educación. Introducción al estudio de los fenómenos pedagógicos y de sus relaciones con los demás fenómenos sociales*, Serie Sociología, Fondo de Cultura económica, 18ª impresión, México, 2013.

DE BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, Brasil, 2002.

DE CABO MARTIN, Carlos. *Teoría Constitucional de la solidaridad*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid-Barcelona, 2006.

DE CASTRO CID, Benito. *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Ed. Universitas, S.A., 1ª reimpresión, Madrid, 2004.

DE LA CALLE VELASCO, María Dolores. *De los orígenes del Estado social en España*, Asociación de Historia Contemporánea, nro.25, España,1997.

DE MARCO, Cristhian Magnus. *Elementos sobre a autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais*, en: A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais. Desafios do século XXI, Organizadores N. Leandro Xavier Baez (Brasil) y D. Cassel (Estados Unidos de Norteamérica), Fundación para el debido proceso, Editora Unoesc, Joaçaba, Brasil, 2011.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, 4ª impresión, 2ª edición, Barcelona, 1995.

DE OTTO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1. de la Constitución*, Cap.V, en: Martín-Retortillo, Lorenzo y De Otto, Ignacio. *Derechos Fundamentales y constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998.

DE PUELLES BENÍTEZ, Manuel. *¿Pacto de estado?: la educación entre el consenso y el disenso*, Revista de educación, nro.344, sept-dic., España, 2007.

DE SEBASTIÁN, Luis. *La solidaridad. Guardián de mi hermano*, Ed. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1996.

DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Temas claves de la constitución española, Ed. Tecnos, 6ª impresión, Madrid, 2007.

DELGADO, Francisco. *La reconstrucción del derecho venezolano*. Ed. Galipán, 1ª ed., Caracas, 2012.

DELGADO OCANDO, José M., *Diez tesis sobre el estado social de derecho*, en Revista de la facultad de Ciencias jurídicas y políticas, Universidad Central de Venezuela, nro.73, Caracas, 1989.

DÍEZ-PICAZO, Luis M. *La idea de derechos fundamentales en la constitución española*, en: Constitución y constitucionalismo hoy, Cincuentenario del derecho constitucional comparado Manuel García Pelayo, Caracas, 2000.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus, 2ª reimpresión, Madrid, 1984.

DÍAZ LEMA, J. M. *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y derecho comparado*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1992.

DIRECTRICES DE MAASTRICHT O PRINCIPIOS DE LIMBURG SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*, Colección crítica del derecho, sección Arte del derecho, J. L. Moreneo Pérez (Director), Ed. Comares, Granada, 2005.

DUQUE CORREDOR, Román J. *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Ed. Homero, Caracas, 2014.

DUQUE CORREDOR, Román J. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Temas constitucionales, Ed. Legis, 1ª ed., Bogotá, 2008.

DURÁN RIVERA, Willman Ruperto. *Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 2003.

DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo. *Derechos fundamentales y democracia deliberativa. Una aproximación desde la teoría habermasiana*, Ed. Temis, Universidad de Medellín, Colombia, 2006.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel Ciencia Política, Ed. Ariel, Barcelona, 6ª ed.1980 [4ª reimpresión 1988, Colombia, 1993].

-E-

EMBRID IRUJO, Antonio. *El contenido del derecho a la educación*, Revista Española de derecho administrativo, nro.31, España, 1981.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. *Indivisibilidad y derechos sociales: De la Declaración Universal a la Constitución*, en: Revista jurídica de los derechos sociales, revista nro.2, Lex social, jul-dic., Sevilla, 2012.

ESCUADERO LEÓN, Margarita. *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder público*, Serie: Trabajo de grado, nro.1, 1ª ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.

ESPINOZA RAUSSEO, Alexander. *Principios de Derecho Constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas, 2006.

EVALD, François. *L'Etat de Providence*, Grasset, Paris, 1986.

-F-

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El pacto internacional de los derechos civiles y políticos y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos*, Universidad Monteávila, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *Administración de justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1993.

FERNÁNDEZ HERES, Rafael. *Educación en democracia. Historia de la educación en Venezuela, 1958-1973*, Ediciones del Congreso de la República, tomo I, Caracas, 1983.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. *El estado social*. Revista española de derecho constitucional, año 23, núm.69, sept-dic., España, 2003

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo*, en: Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas, Encuentro sobre Estudios jurídico-políticos en Educación, Fundación Europea sociedad y educación, España, 2006.

FERNÁNDEZ, Eusebio. *Valores Constitucionales y Derecho*, Instituto Bartolomé de Las Casas, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", Nro.45, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El estado social de derecho y el control en sede constitucional de las omisiones legislativas*, en: Anuario de Derecho procesal constitucional, E. Velandia Canosa (Editor), año nro.1, Ediciones Doctrina y ley, Ltda., Bogotá, Colombia, 2010.

FERRERES COMELLA, Víctor. *Una defensa de la rigidez constitucional*, en: La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, P. Navarro y M. C. Redondo (Coords.), Filosofía del Derecho, Gedisa Ed., 1ª ed., Barcelona, 2002.

FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación*, en: Gaceta Constitucional No. 78, junio, Perú, 2014.

FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *¿Límites a la justicia constitucional?*, Perú, 2011 (recurso electrónico).

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Manual de derecho público*, tomo I. Derecho Constitucional, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2007.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando. *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de 1999*, en: El sistema político en la constitución Bolivariana de Venezuela, L. Salamanca y R. Viciano Pastor (Coord.), Centro de Estudios Políticos y sociales, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 2008.

FORSTHOFF, Ernest. *Problemas constitucionales del Estado social*, El Estado social, 1961, trad. de J. Puente Ejido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

-G-

GALLEGO RODRÍGUEZ, Pablo. *E-learning y derecho*, Ed. Reus, Madrid, 2010.

GALLEGO RODRÍGUEZ, Pablo. *Nuevas Formas de educación*, Cap.22, en: Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación Constitucionalistas Españoles, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, 27 y 28 de enero de 2011, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2012.

GALVIS ORTÍZ, Ligia. *Comprensión de los derechos humanos. Una visión para el siglo XXI*, Ediciones Aurora, 4ª ed., Bogotá, 2008.

García Bouzas, Raquel. *La república solidaria*, Universidad de la República, CSIC, Biblioteca plural, Montevideo, Uruguay, 2011.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Diccionario de Jurisprudencia constitucional*, Ed. jurídica Grijley, Lima, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Thomson Civitas, Cuadernos Civitas, Reimpresión, 2006.

GARCÍA HERRERA, Miguel A., *Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española*, Revista de Derecho Político, Revista de Derecho político, UNED, núms. 58-59, 2003-2004.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Estado democrático y social de Derecho*, boletín mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXIII, nro.98, mayo-agosto, 2000

GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El derecho, Miguel Ángel Porrúa Editor, México, 2011.

GARCÍA SOTO, Carlos. *Tesis doctoral la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Director L. Martín-Retortillo Baquer, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo, Madrid, 2015.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universitaria, 10ª impresión, 2ª ed., Madrid, 1996.

GARGARELLA, Roberto. *Introducción*, en: Derecho y grupos desaventajados, R. Gargarella (Comp.), Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Gedisa Ed., Barcelona, 1999.

GARGARELLA, Roberto. *Recuperar los derechos sociales*. Teoría política, Revista de libros de la Fundación Caja Madrid, nro.99, España, 2005,

GARRIDO FALLA, Fernando; CAZORLA PRIETO, Luis [...alt]., *Artículo 27 CE*. Comentarios a la Constitución (Obra colectiva), Ed. Civitas, S.A., 2ª ed., Madrid, 1985.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

GARRIDO ROVIRA, Juan. *De la monarquía de España a la República de Venezuela, Bicentenario de la Independencia y la República*, Universidad Monteávila, Caracas, 2008.

GARRORENA MORALES, Ángel. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Temas clave de la Constitución española, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

GAVARA DE CARA, Juan C. *La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales*, en: Teoría y realidad constitucional, UNED, nro.20, España, 2007.

GELSI BIDART, Adolfo. *De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre común*, Ed. B de F, Montevideo, Uruguay, 2006.

GELPI, Ettore. *Educación permanente. Problemas laborales y perspectivas educativas*, Ed. Laboratorio Educativo, Biblioteca de Educación de adultos, Caracas, s.f., p.83.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismos y derechos colectivos*, Ed. Ediar, Argentina, 2005.

GIMENO SACRISTÁN, José. *Los retos de la enseñanza pública*. Universidad Internacional de Andalucía, AKAL, Sociedad, cultura y educación, nro.1, Madrid, 2001.

GOITIA CABALLERO, Carlos A. *Constitución, estado y economía. La intervención del estado en la economía en las constituciones de los Estado miembros de la Comunidad andina*, Azul editores, La Paz, Bolivia, 2006.

GONZÁLEZ AMUCHÉSTEGUI, Jesús. *Los límites de los derechos fundamentales*. En: Constitución y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y

constitucionales, J. Betegón, J. R. de Páramo, F. J. Laporta y L. Prieto Sanchís (Coords.), Madrid, 2004.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002,

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *El estado social y democrático de Derecho*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1992.

GOMES CANOTILHO, José J. *Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.1, sept-dic., España, 1988.

GOMES CANOTILHO, José J. *Teoría de la Constitución*, Instituto Bartolomé de Las Casas, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", nro.31, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

GUTIÉRREZ GARCÍA, José L. *Conceptos fundamentales en la doctrina social de la iglesia*, tomo II, Centro de Estudios Sociales del Valle de Los Caídos, Colección Documental de las Ciencias Sociales, Madrid, 1971.

-H-

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Trad. Joaquín Brage Camazano, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, Serie Doctrina jurídica, núm. 47, 1ª ed., 2001, Primera reimpression, 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*, en Pensamiento Constitucional, PUC del Perú, 1994.

HAYEK, Fiedrich. *Los fundamentos de libertad*, trad. José Vergara, Ed. Alianza, Madrid, 1978.

HERNÁNDEZ, José Ignacio. *El derecho a la educación y el currículo nacional bolivariano*, Universidad Monteávila, Revista de derecho público, nro.113, Caracas, Venezuela, 2008.

HERNÁNDEZ, José Ignacio. *Estado social y libertad de empresa en Venezuela: consecuencias prácticas de un debate teórico*, Revista Electrónica, Universidad Monteávila, Caracas, s.f. (recurso electrónico).

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R. *Los derechos constitucionales procesales*, en: El contencioso Administrativo y los procesos constitucionales, A. Brewer Carías y V. Hernández M. (Dirs.), Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

HERRERA M., Carlos E. *La educación en Venezuela como derecho de libertad y como derecho prestacional*. Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano, N° 3, Caracas, 2014.

HEUKO GUILLERME, Ramón. *A efetividade e atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais*, en: Direitos Fundamentais da pessoa humana. Um diálogo Latino-americano, Editora Alteridade, Curitiba, 2012.

HOFFNER, Joseph. *Manual Doctrina social cristiana*, 2ª ed., Ediciones Rialp, Madrid, 1974.

-I-

IGNATIEFF, Michael. *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós Estado y sociedad, nro.108, Rubí, Barcelona, 2001.

INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC*, Gaceta Constitucional, nro.8, agosto, Lima, 2008.

INFORME DE LA COMISIÓN PRESIDENCIAL DEL PROYECTO EDUCATIVO NACIONAL. Educación en Venezuela. Problemas y soluciones, Colección documentos, Nro.1, Instituto de Previsión social del Ministerio de Educación, Caracas, 1986.

INFORME SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Educación*, Nro. IV, Federación Iberoamericana de Ombudsman, G. Escobar (Dir.), Trama Ed., Madrid, 2008.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Programa de Educación-Acción en Derechos Humanos, Serie Aportes, nro.9, Colorgrafic, Caracas, 2009.

IZQUIERDO A., Guillermo. *La Racionalización de la democracia*. Un estudio de las nuevas tendencias constitucionales, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1934.

-J-

JOACHIM FALLER, Hans. *Alcances y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año3, Núm.7, ene-abr., España, 1983.

JIMENA QUESADA, Luis. *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, número 9, sept-dic., España, 1983.

-K-

KÄMPFER, Walter. *Alcance y significado de los Derechos fundamentales en el ámbito de la educación*. Informe general, Trad. Carmen Villar Sardina, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, núm.7, ene-abr., España, 1983.

KELLY, Janeth. *Viejos principios y nuevos enfoques para la Quinta República*, en: La constitución económica, J. Kelly (Coord.), IESA, Caracas, 1999.

KÖHN, Carlos. *Praxis comunicativa y participación política: apuntes para la construcción de un espacio público democrático*, en: Discurso político y crisis de la democracia. Reflexiones desde la filosofía social, la ética y el análisis del lenguaje, Cuadernos de postgrado, nro.12, 2ª ed., Caracas, 2000,

KUKATHAS, Chandran y PETTIT, Philip. *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Trad. Miguel Ángel Rodilla, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

-L-

LANCHEROS-GÁMEZ, Juan C. *Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*, en: Díkaión, Neoconstitucionalismo y Teoría Política, Revista de fundamentación jurídica, año 23, núm.18, Universidad La Sabana, Chía, Colombia, 2009.

LEÁÑEZ SIEVERT, Carlos. *La función legislativa nacional*, en: Visión iberoamericana del tema constitucional, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003

LINARES BENZO, Gustavo. *Actos normativos inconstitucionales por contrario de derechos fundamentales*, en: Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado social y democrático de derecho, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), Caracas, 1991.

LINARES BENZO, Gustavo. *Bases constitucionales de la educación*, en: Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila, Nro.2, abril, Caracas, 2001.

LINDE PANIGUA, Enrique. *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*, Biblioteca jurídica de bolsillo, Ed. Colex, Madrid, 2002.

LÓPEZ ISAZA, María C. *El Estado social de derecho como fundamento para conceder o negar la prestación de los derechos sociales en Colombia*. En: *Análisis de la doctrina de la Corte Constitucional (1992-2002)*, Revista Holística Jurídica, Nro.3, Universidad de San Buenaventura, Colombia, 2005.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano. *Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa*, Anales del derecho, Universidad de Murcia, nro.15, España, 1997

LÓPEZ MEDEL, Jesús. *Un proceso educativo*. El artículo 27 de la Constitución y sus circunstancias, publicaciones ICCE, Educación, 1996.

LÓPEZ-ORIHUELA, Alcides. *La educación función social del Estado*, M.J. Editores, Caracas, 2007.

LÓPEZ SÁNCHEZ GIL, Rogelio. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Un instrumento para asignar contenido esencial a los Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Universidad Autónoma de León (tesis doctoral).

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. *El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional*, Anales de la Facultad de Derecho, N° 13, Universidad de La Laguna, España, 1996.

LÖTHAR, Michael. *¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?*, Revista de Derecho Constitucional europeo (REDCE), año 6, nro.11, ene-jun., España, 2009.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984.

LUQUE, Guillermo. *Educación, pueblo y ciudadanía. La educación venezolana en la primera mitad del siglo XX. 1899-1950*, Fundación Ed. el perro y la rana, Sistema nacional de culturas populares, 2ª ed., Caracas, 2010.

-LL-

LLOMPART BENNÀSAR, Magdalena. *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Ed. La Ley, temas, 1ª ed., Madrid, 2007.

-M-

MAGALLANES, Rodolfo. *La constitución económica de la República Bolivariana de Venezuela, El sistema político en la constitución Bolivariana de Venezuela*, L.Salamanca y R. Viciano Pastor (Coord.), Centro de Estudios Políticos y sociales, Ed. Vadell hermanos, Caracas-Valencia, 2004

MARIÑAS OTERO, Luis. *Las constituciones de Venezuela*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1965.

MÁRQUEZ LUZARDO, Carmen María. *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, fundación Konrad Adenauer, Caracas, 2014.

MÁRQUEZ, Trino. *El Estado social en Venezuela. Su evolución desde el Programa de febrero de 1936 hasta la Constitución de 1961*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1992.

MARTÍN HUERTAS, María A. *El contenido esencial de los derechos fundamentales*, en Revista de las Cortes Generales N° 75, Congreso de los Diputados, España, 2008.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *Los derechos fundamentales y la constitución a los veinticinco años*. Revista de ciencias Jurídicas y sociales, Nro.0, 2004.

MARTÍN Y PÉREZ DE NACLARES, José; LÓPEZ ESCUDERO, Manuel [*et al.*], en: Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario: Artículo 24. Derecho a la educación, A. Mangas Martín (Dir.), Fundación BBVA, 1ª ed., Bilbao, 2008.

MARTÍNEZ, María Salvador. *Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales*, en: Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico, Cedecs Ed., Estudios constitucionales y políticos, M. Á. Aparicio (Coord.), Barcelona, 2001.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos sociales*, Cedecs Derecho procesal, Cedecs Ed. S.L., Centro de estudios de Derecho, Economía y Ciencias sociales, Barcelona, 1997.

MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz. *La agonía del Estado. ¿Un nuevo orden mundial?*, Estudios políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ DE CORREA, Luz M. *Tres enfoques y una aproximación al estado de derecho: estado social de derecho, estado de bienestar y estado liberal de derecho*, en: Opción, revista de ciencias humanas y sociales, Universidad del Zulia, Año 27, nro.66, sept-dic., Maracaibo, Venezuela, 2011.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Universidad de La Rioja, Ed. Tecnos, Colección de ciencias políticas, Serie de Ciencia Política, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L. *La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas*, en: Los derechos fundamentales en la educación, J. L. Requero Ibañez y J. L. Martínez López-Muñiz (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, 11-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, nro.65, Madrid, 1997.

MASCAREÑO, Carlos. *La evolución de las políticas públicas: Desde el surgimiento del Estado social hasta su crisis*, en: Políticas públicas siglo XXI, C. Mascareño (Coord.), Temas de docencia, Centro de Estudios del Desarrollo (Cendes), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Justicia y democracia consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls*. Siglo del hombre editores, Ediciones Uniandes, Santa Fe de Bogotá, 1997.

MELÉNDEZ RODRÍGUEZ, Lady; SOLÍS, Adilia E. [et al.]. *El derecho (humano) a la educación. Inclusión y exclusión*, en: Temas relevantes en teoría de la educación, J. M. Muñoz Rodríguez (Coord.), Aquila Fuente, nro.176, 1ª ed., Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

MEZZETTI, Luca. *La protección de los derechos sociales. Entre cortes constitucionales nacionales y cortes supranacionales*, en: Derecho Procesal Constitucional, E. Velandia Canosa (Dir.), Universidad Santo Tomás, Ed. Legis, Colombia, 2015.

MIJARES, Augusto. *Educación. Algunos problemas de orientación ejecutiva que son también problemas políticos y sociales*, Impresos Manuel León Sánchez, México, 1943.

MIRANDA, Jorge. *A orinalidade e as principais características da Constituicao portuguesa*, en Cuestiones constitucionales, nro.16, UNAM, México, 2007.

MISHRA, Ramesh. *El Estado de bienestar en Crisis*. Pensamiento y cambio social, Colección de la revista del trabajo, Nro.33, Madrid, 1992.

MODERNE, Franck. *¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?*, en: Derechos fundamentales y Estado, M. Carbonell (Coord.), Instituto de Investigaciones jurídicas, serie Doctrina jurídica, núm.96, México, 1ª ed., 2002.

MONTENEGRO, Walter. *Introducción a las doctrinas político económicas*. Breviarios, Fondo de cultura económica, 1ª ed., México, 1956.

MORÓN DIAZ, Fabio. *La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social*. Anuario de Derecho Constitucional, CIEDLA, Buenos Aires, 2000.

MOROS PUENTES, Carlos. *La constitución según la Sala Constitucional*, tomo II, Librería Rincón, Valencia, 2006.

MOTTA NAVAS, Álvaro Andrés. *Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Universitas, N°110, jul-dic., Bogotá, Colombia, 2005.

MUNDÓ, Mabel. *La discontinuidad en las políticas públicas: La reforma de la educación básica*, en: Venezuela Visión plural. Una mirada desde el Cendes, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Bid & co. Editor, tomo I, Caracas, 2005.

MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael. *Economía de mercado y estado de bienestar*, en: Crisis y futuro del Estado de bienestar (Obra Colectiva), R. Muñoz del Bustillo (Comp.), Alianza Universidad, 2ª reimpresión, Madrid, 1995.

MÜLLER, Alberto [en colaboración Rapetti, Martín y Titiunik, Rocío]. *Economía y política en el desmantelamiento del Estado de bienestar en la Argentina*, Cuadernos del Centro de Estudios sobre población, empleo y desarrollo (CEPED), Buenos Aires, 2002.

-N-

NACIONES UNIDAS, Observación General Nro.13, El derecho a la educación. Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, 21º período de sesiones, 1999.

NICOLÁS MUÑIZ, Jaime. *Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 3, núm. 7, ene-abr., Madrid, 1983.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrina jurídica, nro.156, UNAM, México, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, núm. 2, Chile, 2009.

NOGUEIRA, Rosario. *Principios Constitucionales del Sistema educativo español, Política y Administración educativa*, nro.4, Madrid, 1988.

NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980

NUEVO LÓPEZ, Pablo. *La constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, Netbiblo, Uned, 2009.

-O-

OBANDO BLANCO, Víctor R. *El derecho a la tutela jurisdiccional, Serie Derechos y Garantías*, Nro.1, Palestra Editores, 2ª ed., Lima, 2002.

OJEDA MARÍN, Alfonso. *Estado social y crisis económica*. Ed. Complutense, Madrid, 1996.

ORDOÑEZ SOLÍS, David. *La protección judicial de los derechos de solidaridad*. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores, Estudios de derecho administrativo, nro.17, Ed. Comares, 1ª ed., Granada, 2006.

ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, Juan Antonio. *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

ORTÍZ DÍAZ, José, *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, Málaga, 1980.

ORZA LINARES, Ramón M. *Fundamentos de la democracia constitucional: Los valores superiores del ordenamientos jurídico*, Estudios jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Comares Ed., Granada, 2003.

-P-

PARRA CORTÉS, Lina V. *Contenido Mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo. El caso del derecho al trabajo*, Ecuador, 2010.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, Revista Española de Derecho Constitucional, nro.3, Madrid, 1981.

PASTOR, Santos. *Estado, mercado, eficiencia y equidad*, en: Derecho y economía en el estado social, Madrid, 1998.

PECES-BARBA M., Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, BOE, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA M., Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

PECES-BARBA M., Gregorio. *Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales*, en: Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia, Instituto Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Debates, núm.13, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

PECES-BARBA M., Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

PELE, Antonio. *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Instituto Bartolomé De las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

PEÑA SOLÍS, José. *Lecciones de Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II: Los derechos políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales, Manuales universitarios, Ediciones Paredes, Caracas, 2014.

PEÑA TIMÓN, Ana M. *Ideario, centros concertados y financiación pública: estudios legislativo y jurisprudencial*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, Temas clave de la Constitución española, ed. Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2004.

PÉREZ ROYO, Javier. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 10, ene-abr., España, 1984.

PÉREZ ROYO, Javier. *La elaboración de la constitución y sus condicionantes: Una reflexión a los treinta años de su entrada en vigor*, En: El control del poder, tomo II, Biblioteca peruana de Derecho Constitucional, P. Häberle y D. García Belaúnde (Coords.), nro.38, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Fondo Ed. de la Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2012.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, Madrid, 2010.

PÉREZ YRUELA, Manuel. *Corporativismo y Estado de bienestar*, en: Buen gobierno y política social (Obra Colectiva), S. Giner y S. Sarasa (Edits.), Ariel Ciencia política, 1ª edición, Barcelona, 1997

PETIT GUERRA, Luis A. *El Estado social y los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

PETIT GUERRA, Luis A. *Los derechos sociales mínimos y su posible constitucionalización*, en: IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del análisis de las sentencias constitucionales. Colegio de Abogados de Arequipa, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Ed. Adrus, Perú, 2013.

PETIT GUERRA, Luis A. *Los derechos sociales y el mínimo vital. Un debate ausente*, Valencia, Venezuela, 2015 (*recurso electrónico*).

PICÓ, Josep. *Modelos sobre el estado de bienestar. De la ideología a la práctica*, en: Pros y contras del Estado de Bienestar (Obra Colectiva), Ramón Casilda Béjar y José María Tortosa (Eds.), Ed. Tecnos, Colección Ciencias Sociales, Serie de Sociología, Madrid, 1996.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, Madrid, 2007.

PISARELLO, Gerardo. *Del estado social tradicional al estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos fundamentales*, en: Teoría constitucional y derechos fundamentales, M. Carbonell (Comp.), Comisión nacional de los Derechos Humanos, 1ª ed., México, 2002.

PIZARRO NEVADO, Rafael. *Tribunal Constitucional y Estado social: La experiencia española*, en: Corte Constitucional y Estado social de Derecho, Universidad de Medellín, C. M. Molina Betancur (Comp.), Colección memorias jurídicas, nro.4, Sello Ed., 1ª ed., Medellín, 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Vol.I, Madrid, 1984.

PONCE SOLÉ, Juli. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

PONCE SOLÉ, Juli. *El estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español*. REDCE, núm.23, ene-jun., España, 2015.

PORRAS NADALES, Antonio. *Estados estatutarios y defensores del pueblo*, Teoría y práctica en España e Italia, Universidad de Jaén, marzo, España, 2014.

PORRAS NADALES, Antonio. *Estado social y estado autonómico*, en Estudios de Derecho público Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, vol. II, Tecnos, Madrid, 1997.

PORRAS NADALES, Antonio. *El estado social autonómico tras la crisis*, en: Estados estatutarios y defensores del pueblo, Teoría y práctica en España e Italia, Universidad de Jaén, España, 2014.

PORRAS NADALES, Antonio J. *Introducción a una teoría del estado postsocial*. Apuntes sobre constitución y política, Promociones y publicaciones universitarias (PPU), Barcelona, 1998.

POYAL COSTA, Ana M. *Normas constitucionales y realidad. Análisis de su interacción transformadora*, Universidad Autónoma a Distancia, Aula Abierta, Nro.95, Ediciones Torán, Madrid, 1995,

PRIETO SANCHÍS, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la CE*, en: *Anuario de Derechos Humanos*, N°2, marzo, España, 1983.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Centro de estudios constitucionales, nro.22, sept-dic., España, 1995.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ed. Trotta, colección estructuras y procesos, serie Derecho, 2ª ed., España, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En: Teoría constitucional y derechos fundamentales, M. Carbonell (Comp.), Comisión nacional de los Derechos Humanos, 1ª ed., México, 2002.

PRIETO VALDÉS, Martha. *La constitución y el poder*, en: Visión iberoamericana del tema constitucional, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2003.

PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN-ACCIÓN EN DERECHOS HUMANO (PROVEA). *Derecho Humano a la Educación*. Marco teórico- Metodológico Básico. Todos los derechos para todos, Serie Aportes, Nro.14, Caracas, s.f,

PROYECTO: CAPACITACIÓN DE JUECES EN DERECHOS HUMANOS. Manual de Participantes para Jueces y Juezas, Tribunal Supremo de Justicia, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, Amnistía Internacional, Statoil, Ed. Colson, 1ª ed., Caracas, 2004.

-R-

RACHADEL, Manuel. *El proceso político en la formación y vigencia de la Constitución de 1961*, en: *Visión Iberoamericana del tema constitucional*, Fundación Manuel García Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2003.

RAMÍREZ GALLEGOS, René. *Socialismo del Sumak Kawsay o biosocialismo republicano*, en: *Estudios sobre teoría y justicia constitucional*, revista Alter Justitia, Maestría en Derechos Fundamentales y justicia constitucional, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Ed. Universidad de Guayaquil, Ecuador, sept., 2011.

RAMOS OLIVEIRA, Antonio. *Historia social y política de Alemania*, F.C.E., Vol.I, México, 1952.

RAMOS PASCUA, José. *La ética interna del derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*, Colección ética aplicada, Ed. Desclée, 2ª ed., Sevilla, 2011.

REDONDO, Ana. *La igualdad de oportunidades en ejercicio del derecho a la educación en libertad*, en: *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Encuentro sobre Estudios jurídico-políticos en Educación, Fundación europea sociedad y educación, España, 2006.

REDONDO, ANA. *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

REY, Juan Carlos. *Sobre el Estado social de derecho*, Revista Sic, nro.716, Venezuela, 2009.

REY, Juan Carlos. *La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación*, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 74, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

REY, Ernesto. *Principio de legalidad y derechos humanos*, en: Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica, Nro.99, UNAM, México, 2002.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)*, en: Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nro.21, dic., Madrid, 2009.

RIBOTTA, Silvina. *Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿Igualdad o prioridad?*, en: Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia (Obra Colectiva), S. Ribotta y A. Rossetti (Editores), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates, Nro.13, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

RISSE FERRAND, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, 2ª ed., Fundación de cultura universitaria, 2ª ed., Montevideo, Uruguay, 2011.

RITTER, Gerhard A. *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y seguridad social, Centro de Publicaciones, Colección Ediciones de la revista de Trabajo, núm.31, Madrid, 1991.

RIVAS QUINTERO, Alfonso. *Derecho Constitucional*, 6ª edición, Ed. Andrea, Valencia, Venezuela, 2009, p.165.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Nuevas claves del Estado de Bienestar. Hacia la sociedad del bienestar*, Temas básicos de Derecho Administrativo, Ed. Comares, Granada, 1999.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *Comunitarismo, americanismo, Derecho*. Hacia una clase media universal, Consejo de publicaciones, Universidad de Los Andes, Ed. Livrosca, Caracas, 1998.

RODRÍGUEZ CALERO, Juan M. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español*, Revista Frónesis, vol. 9, núm. 1, Zulia, Venezuela, 2002.

RODRÍGUEZ OLVERA, Oscar. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*, Ciencia política y derecho, Ed. Comares, Granada, 1998.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y sistemas*, Ed. Ex Libris, 1ª reimpresión, Caracas, 2002.

RONDÓN GARCÍA, Andrea. *Propiedad privada y derechos fundamentales. Nuevamente el caso de promociones Terra Cardón C.A. sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia*. Temas de Derecho

Constitucional y Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Funeda, Caracas, 2010.

ROJAS, Eduardo. *Políticas públicas y derecho a la educación*, en: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas (Obra Colectiva), Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003.

ROSANVALLON, Pierre. *La crisis del Estado de providencia*, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Colección Economía, Estudios y Monografías, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1995.

ROSSETTI, Andrés. *Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales*, en: Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia (Obra Colectiva), S. Ribotta y A. Rossetti (Editores), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates, Nro.13, Universidad Carlos III, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

RUBIO LARA, María J. *La formación del Estado Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Colección tesis doctorales, Nro.32, Madrid, 1991.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *Constitución y educación*, en: Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales, L. Sánchez Agesta (Coord.), Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 de junio de 1977, publicación de la revista de Derecho Público, Centro de Estudios y Comunicación económica, Ed.es de derecho reunidas, Madrid, 1977.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La Constitución como fuente de Derecho*, en: La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La jurisdicción constitucional en España*, en: La forma del poder, 2ª ed., CEC, Madrid, 1997.

RUIZ RUIZ, Ramón. *Los valores jurídicos superiores y los derechos fundamentales*, en: Tutela de derechos en sede jurisdiccional, E. Espinosa-Saldaña, G. Ruiz-Rico Ruiz, A. del Real Alcalá (Coords.), Consejo General del Poder Judicial y Universidad de Jaén, Fondo Ed. del Poder Judicial, Lima, 2012.

-S-

SAGÜES, Néstor P. *Teoría de la constitución*, ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001.

SAGÜES, Néstor Pedro. “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, en: *Direitos Fundamentais Da Pessoa Humana. Um Diálogo Latino-Americano*, Editora Alteridade, Curitiba, Brasil, 2012.

SALAMANCA, Luis. En Prólogo (presentación) de la obra: *Políticas públicas siglo XXI: caso venezolano*, C. Mascareño (Coord.), temas de docencia, Centro de estudios del Desarrollo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Reimpresión 2010.

SÁNCHEZ DE VEGA, Agustín. *La prestación de la educación*, Revista jurídica de Castilla y León, nro. 1, Extraordinario, España, 2004.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y Jimena Quesada, Luis. *La enseñanza de los derechos humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1995.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

SAYEG HELÚ, Jorge. *El Constitucionalismo social Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, tomo 1, México, 1987.

SARTORI, Giovanni. *La democracia en 30 lecciones*, Ediciones Taurus, Bogotá, 2009.

SILVA CIMMA, Enrique. *Una interpretación de la constitución a la luz de la servicialidad y la solidaridad. El caso chileno*, en: *Constitución y constitucionalismo hoy*, Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado M. García-Pelayo, Fund. M. García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2002.

SILVA HENAO, Juan Fernando. *Evolución y origen del concepto de “estado social” incorporado en la constitución política colombiana de 1991*, Revista Ratio Juris, Vol. 7, N° 14, Unaula, Colombia, 2012.

STIGLITZ, Joseph. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Ed. Taurus, 2012.

SOTELO, Ignacio. *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Colección Estructuras y procesos, Serie Ciencias Sociales, Ed. Trotta, Madrid, 2010.

SPÓSITO CONTRERAS, Emilio. *La moral y las luces de Simón Bolívar en la Constitución vigente*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Edición y publicaciones, Caracas, 2013.

STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nro.1, Madrid, 1998.

SUÁREZ, Fernando. *Los derechos sociales en las constituciones*, en: Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales, Textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid, 29 y 30 junio, L. Sánchez Agesta (Coord.), Revista de Derecho Privado. Centro de estudios y comunicación económica, Ed.es de Derecho reunidas, Madrid, 1977.

SUAY RINCÓN, José. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Estudios derecho público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.

-T-

TAJADURA TEJADA, Javier. *Retos y desafíos de la justicia constitucional en los umbrales del siglo XXI*, en: Visión iberoamericana del tema constitucional, Fund. Manuel García-Pelayo, Ed. Ex libris, Caracas, 2003.

TAMAMES, Ramón. *Introducción a la constitución española*, Ed. Alianza Ed., Madrid, 1980.

TEDESCO, Juan Carlos. *Educación y sociedad justa*, en: Educación y vida urbana: 20 años de ciudades educadoras, Ed. Santillana, España, 2008.

TENORIO, Pedro. *El Tribunal Constitucional, la cláusula Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno*, cap. 12, en: Derechos sociales y principios rectores, Actas del IX congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (celebrado en Santa Cruz de Tenerife, enero 2011), J. L. Cascajo Castro, M. Terol Becerra, A. Domínguez Vila, V. Navarro Marchante (Coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

TER HORST, Enrique. *Los derechos humanos, espina dorsal de la gobernabilidad*, en: Gobernanza. Laberinto de la democracia, M. Ramírez Ribes (Comp.), Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma, Talleres Corpográfica, Caracas, 2005.

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín. *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

TORRES ÁVILA, Jheison. *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*, Ed. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2012.

TORRES DE MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*, tomo I, 2a edición, Átomo Ediciones, Madrid, 1988.

TRUJILLO PÉREZ, Antonio. *Normatividad y vigencia de los derechos sociales*, en: Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España (Obra Colectiva), Vol.I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Ed., Bilbao, 2003.

-V-

VANNOSI, Jorge R. *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, 1982.

VALLESPÍN OÑA, Fernando. *Crisis de la democracia y Estado social*, en: Política y Sociedad (Obra Colectiva), Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol, Vol. I, Centro de Investigaciones sociológicas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

VARAS, Paulino y MOHOR, Salvador. *Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la constitución política*, Revista de Derecho de la Universidad Valparaíso, XVIII; Chile, 1997.

VIDAL, Ernesto. *Los derechos de tercera generación*, en: Manual de Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI, Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra, Thomson Aranzadi, 1ª ed., Navarra, 2006.

VIDAL SERRANO, Nunes Júnior. *A cidadanaia social na Constituição de 1988*, editora Verbatim, São Paulo, 2009.

VILLAR BORDA, Luis. *Estado de derecho y estado social de derecho*, Revista derecho del estado, nro. 20, Colombia, 2007.

VILLASPÍN OÑA, Fernando. *Estado de bienestar y constitución*, en: Revista del centro de estudios Constitucionales, Núm.1, sept-dic., España, 1988.

VILLAVICENCIO, Vicente. *Algunos lineamientos de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, en: Revista Derecho y sociedad, Universidad Monteávila, Año 2, abril, Caracas, 2001.

VITA, Leticia. *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires, serie tesis, Eudeba, Buenos Aires, 1ª ed., 2014.

VON BERNSTORFF, Jochen. *Protección del contenido esencial de los derechos humanos*, en: Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho

Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, 2011.

-W-

WOLFANG SARLET, Ingo. *Dignidad (de la persona) humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, s.f.

WOLFANG STARLET, Ingo y AGOSTINI SAAVEDRA, Giovanni. *Breves notas sobre a garantia existencia e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha*, en: *Direitos Fundamentais da pessoa Humana. Um diálogo Latino-Americano*, Alteridade editora, Curitiba, 2012.

WUNDER HACHEM, Daniel. *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas*, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, nro.1, vol.1, Santa Fe, 2014

-Z-

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Del estado constitucional al neoconstitucionalismo. El sistema interamericano de DD.HH a través de sus sentencias*, Edilex editores, Lima, Perú, 2011.

ZUMAQUERO ROMERO, José Manuel. *Los derechos educativos en la Constitución española*, Universidad de Navarra, tesis doctoral (inérita), Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Pamplona, 1983.