
Mutación Constitucional: el caso del Derecho Humano a la Educación

*Christian E. Campos-Monge**

Sumario: Introducción. **I.** La mutación constitucional; datos generales. **II.** Mutación: desviación de poder, prevaricato. **III.** Un ejemplo de mutación constitucional: derecho a la educación. a) Sobre los derechos humanos. b) Sobre el derecho a la educación y la jurisprudencia constitucional. Conclusiones.

Palabras clave: Abuso de poder. Prevaricato. Derechos humanos. Mutación constitucional. Derecho a la educación. Derecho positivo.

Resumen: En razón de la interpretación constitucional, asignada típicamente a los tribunales de orden constitucional, surge en derecho la figura de la mutación. Es decir, la posibilidad de adaptar al hoy, el texto expreso de las normas constitucionales. Se trata de un fenómeno propio de lo dinámica que es, de por sí, la misma norma suprema. El uso de este recurso podría ocasionar, para algunos, el delito de prevaricato, no así la falta de abuso de poder por no ser posible de reclamar a los jueces. Por medio de este instrumento, la Sala Constitucional patria ha podido derivar del ordinal 78

* Investigador y Candidato a Doctor del Sistema de Estudios de Postgrado de la UNED; Magíster en Derecho Constitucional y Técnico en Comercio Internacional. Catedrático en la Universidad De La Salle; Instructor certificado en "Didáctica, Métodos y Planificación" por parte del ICAP; ha escrito cerca de un centenar de artículos en diarios nacionales; ha dictado cursos sobre corrupción, probidad, contratación administrativa y afines, en la Escuela Judicial, el Colegio de Abogados, la Contraloría General de la República. E-mail. chrisjm33@yahoo.com

constitucional, el derecho humano a la educación que, para este caso, ha sido una labor acertada.

Introducción

A casi diecisiete años de la creación de la Sala Constitucional aun surgen, y es obvio y hasta necesario, críticas sumamente negativas hacia su labor. Algunas no son más que comentarios adversos, carentes de una posición constructiva, pero otras sí se refieren a temas de fondo y operacionales de la Sala dignas de ser tomadas en cuenta.

El tribunal especializado en la materia constitucional ciertamente ha respondido con evidente esfuerzo a la necesaria interpretación y respeto obligado de la Carta Magna; e igual, no siempre sus decisiones causan complacencia dada la contención que se verifica.

La Constitución Política ordena que una Sala particular de la Corte Suprema sea la que resuelva sobre recursos de amparo, consultas de constitucionalidad, acciones de inconstitucionalidad, entre otros; tal mandato supremo lo despliegan siete personas que a la hora de votar, pueden, y de hecho pasa, equivocarse; nada de lo humano es infalible.

No es norte de este breve estudio valorar si las actuaciones de la Sala Constitucional se traducen en prevaricato o lo que algunos erradamente afirman como abuso de poder o desviaciones de éste; tampoco estamos ante un intento de profundizar sobre la realidad de una Sala, sus implicaciones legales, históricas, sociales u otras posibles incidencias; lo que se buscará es tan sólo hacer ver unos de los varios aportes positivos de la labor de interpretación de la Constitución a la luz del fenómeno de la mutación constitucional, y particularmente relacionado esto con el derecho humano a la educación. La Sala Constitucional existe, en ese sentido, dentro de una realidad de dinámica social que impregna el texto de la Constitución.

Por ello, nuestro esfuerzo irá enfocado a conocer sobre la mutación constitucional, sus tipos y sus implicaciones, pasando luego a estudiar grosso modo qué se entiende por desviación de poder y hasta donde es factible de aplicársele a la Sala Constitu-

cional o si más bien debe observarse la figura penal del prevaricato; se finalizará con el análisis de manera particularizada del tratamiento que la Sala Constitucional ha hecho sobre el tema del derecho humano a la educación, buscando presentar que el derecho como tal no está en nuestra Carta Suprema, pero que de su interpretación en el plano de los derechos humanos sí es posible afirmarlo como existente dentro de tal cuerpo de normas.

Por tanto, nuestra hipótesis será demostrar que, pese a que el derecho humano a la educación no está literalmente en nuestra Constitución, éste sí es factible fundamentarlo merced al fenómeno de la mutación, sea por la interpretación.

I. La mutación constitucional; datos generales

Las mutaciones constitucionales responden a un quehacer jurídico que busca describir el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que se altere la expresión escrita; refiere de igual manera a los cambios constitucionales por mecanismos o instrumentos diferentes a los de reforma formal de la Constitución Política.

Tal opción de aplicar un medio diferente al formal, surge al constatar que la rigidez constitucional, en muchos casos, constituye una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Carta Magna. En ese tanto, Laband¹ destaca que aunque las Constituciones son normas jurídicas en sentido estricto, la acción del Estado puede transformarlas sin necesidad de su modificación formal. De esa manera, se observa que al procurarse un conocimiento preciso y definido de la Constitución, se encuentra, por un lado, que contiene disposiciones numerosas de significado subordinado y pasajero, de escaso interés para la mayoría de la población, y por el otro, la esencia real del derecho del Estado plasmada en la Constitución en cuanto puede experimentar una modificación radical y significativa sin que el texto constitucional vea alterada su expresión escrita.

1 Autor Alemán citado por SANCHEZ URRUTIA (Ana Victoria) en "Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto". Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20. Núm. 58. Enero – Abril 2000, p. 108.

Por su parte, Jellinek² comenta que es factible reformar las leyes constitucionales (revisarse) al igual que las leyes ordinarias de tres maneras: abrogándose totalmente, recibiendo otro texto o sustituyéndose por leyes posteriores. El primero de los casos se daría cuando se deroga la Constitución en su totalidad; el siguiente caso, cuando una reforma reemplaza parcialmente el texto, y el tercero de ellos, hace referencia a las denominadas reformas constitucionales tácitas (materiales) en la cual la reforma constitucional no reemplaza la parte del texto que se modifica, mas se entiende que las nuevas leyes del rango derogan toda la parte del texto que esté en contradicción con ellas *-relacionado a esto puede observarse el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos en donde el texto de 1787 no ha sido alterado formalmente pero se entiende que no están vigentes aquellas partes que se encuentren en contradicción con cualquiera de las enmiendas-*.

Ahora, se hace necesario comentar lo que Heller³ expresa en punto a la Constitución. Así, debe distinguirse entre Constitución no normada (normalidad) y la Constitución normada (normatividad) y a lo interno de ésta, a la normada extrajurídicamente y la normada jurídicamente; a ello se agrega la afirmación de que como el elemento dinámico de la Constitución no puede ser analizado de modo completamente separado del elemento estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser de la Constitución. De esta manera, la relación entre el ser y el deber ser de la Constitución es recíproca: la normalidad crea normatividad, pero a su vez la normatividad crea normalidad.

Agrega el autor que en realidad en punto a la infraestructura de la Constitución no normada, e influida esencialmente por esta infraestructura, se yergue la Constitución normada formada por normas en la cual, al lado de la tradición y el uso, juega un papel particular la función directora y la preceptiva que tienen carácter autónomo y que, en ocasiones, deciden contra lo tradicional. De esta manera la norma constitucional puede transformarse de maneras distintas: por el cambio de contenido de los elementos normados no jurídicos (principios constitucionales y principios generales del derecho) o como consecuencia de las mutaciones

2 Ibid, p. 110.

3 Ibid, p. 117.

constitucionales que suponen la superación de los elementos normados por la normalidad.

Concluyendo sobre la posición de Heller, vale expresar que este autor identifica los elementos normados no jurídicos con los principios, ya que la ausencia de contenido preciso sería la característica que hace posible que los principios evolucionen y desempeñen una función transformadora dentro de la Constitución.

Corresponde ahora agregar el tema del Estado como integración espiritual, ya que este no es un fenómeno natural que deba ser simplemente contrastado, sino una realización cultural de renovación y cambio puesta, continuamente, en duda. Por ello, el Estado debe ser estudiado por las ciencias del espíritu dado que aquel es una realidad espiritual; el individuo forma parte de esa realidad. El Estado, empero, no puede construirse partiendo del individuo y yendo de lo particular a lo general, sino que debe concebirse como una relación dinámica de reflujo mutuo. Así, el Estado no es algo estático ni material; las formas espirituales colectivas, como el Estado, no son sustancias estáticas sino una unidad de sentido de la realidad espiritual, esto es, actos espirituales. Además, la integración es el núcleo esencial de la dinámica del Estado que consiste en la constante renovación de un complejo número de sus manifestaciones.

De lo anterior derivamos que el individuo es el núcleo de la realidad estatal pero su vinculación sólo puede ser explicada partiendo de su naturaleza dialéctica. La realidad estatal no puede explicarse aisladamente desde el individuo o sobre la base de una noción finalista del Estado.

A lo dicho debe agregársele la ambigüedad de tener una realidad estatal que por un lado contribuye a la realización de los valores del espíritu y, por el otro, promulga el derecho estatal. Así, el derecho de la constitución es tan sólo una positivización de las posibilidades y funciones inherentes al mundo o estadio del espíritu y, por lo tanto, no se comprende sin aquellas; a la inversa, éstas no son realizadas de manera total y permanente sin su positivización jurídica. Vale decir que toda dinámica estatal forma parte del sistema de integración, de tal forma que todo proceso no se desarrolla de manera aislada sino que responde a un todo.

Puede afirmarse que dentro de la idea del cambio o la dinámica del Estado, se conciben dos formas distintas de Constitución; en primer término, se encuentra la visión estática que observa a la Constitución como la regulación de los órganos del Estado y el estatus del individuo frente a él y, por otro lado, yace la concepción de la Constitución como suma de las fuerzas reales de poder frente a la que despectivamente es llamada "hoja de papel"⁴. Mas tales formas de ver la Constitución no insertan una visión más global y dinámica de la Constitución; es la Constitución en constante movimiento lo que interesa por lo tanto.

De esta manera, se es claro en decir que cualquier ciencia del espíritu que atienda exclusivamente al criterio vitalista y organicista siguiendo la metodología monista propia de las ciencias de la naturaleza o que por el contrario se ocupe de manera cerrada del contenido atemporal o ideal, no llega a ver y sustraer la verdadera naturaleza del objeto; por ello, debe considerarse el objeto, por el contrario, en toda su ambivalencia, como estructura orgánica ideal desde la visión de un pensamiento que abarque ambas dimensiones. Así, pues, la Constitución ha de vérsela como una unidad, un fin en sí mismo y, a la vez, como una estructura compleja. Una comprensión global de la regulación y de los fines constitucionales, de su sistema integrador, pensamiento, pero también de su intencionalidad objetiva, sólo es posible si se atiende a la capacidad de transformación (mutación) y supletoria, a sus consecuencias en orden a la transformación efectiva y a la interpretación extensiva de las normas que componen el propio sistema que la Constitución instaura⁵.

Como dato de interés, surge el cómo se puede interpretar correctamente una Constitución, cuestión que responde el mismo autor Smend⁶ de la siguiente manera: la Constitución es un todo, desde el preámbulo hasta el final, en ese sentido deben observarse reglas como las siguientes:

- 1) los hechos particulares del derecho político no deben ser considerados en sí mismos y de forma aislada, sino como

4 LASALLE (Ferdinand). ¿Qué es una Constitución? (1862) (Estudio Preliminar de E. Aja). Ariel, Barcelona, 1984, p. 99.

5 Ver en ese sentido, Smend citado por SANCHEZ URRUTIA (Ana Victoria), op. cit., p. 123.

6 Ibid, p. 124.

elementos pertenecientes a un momento significativo que cobra vida a través de ellos, como elementos pertenecientes al todo funcional de la integración.

- 2) las diversas normas de derecho político constituyen, tomadas en su conjunto, el sistema del contexto integrativo, del cual se deriva un valor distinto de cada una de ellas y, por tanto, una diferencia de rango. Así, dentro de la Constitución existen normas de distinta importancia de las cuales las que expresan principios serían las de más alto rango.
- 3) la viabilidad es una característica central de la Constitución y también lo es, por tanto, la posibilidad de su mutación. Esta mutación puede afectar a elementos externos a la Constitución formal, pero que impliquen alteración en su funcionamiento, como serían las transformaciones de los partidos políticos; o puede afectar a la misma Constitución en el sentido de llegar a modificar gradualmente la relación de rango y peso que se establece entre los distintos factores, instituciones y normas constitucionales; tal tipo de cambio informal no está sometido a las condiciones que se exigen para la creación del derecho consuetudinario y ello se debe al propio carácter de la Constitución que regula constantemente el sistema integrativo que responde a su orientación.

En términos generales, se pueden extraer dos ideas de la teoría de la interpretación que plantea Smend: uno, la idea de movimiento como parte del concepto de Constitución y, por tanto, como elemento que se debe tener en cuenta cuando se interpreta y, dos, la idea de globalidad.

Por otro lado, hemos de conocer los cuatro tipos de mutaciones constitucionales que el autor Hsu Dau Lin⁷ plantea, importando tan sólo explicar el cuarto, pues en él nace lo que infra se explicará sobre el derecho a la educación. Así, existe la mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución; o la mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución; o la mutación constitucional por medio de una práctica constitucio-

7 Ver en ese sentido Hsu Dau Lin citado por SANCHEZ URRUTIA (Ana Victoria), op. cit., p. 126.

nal contraria a la Constitución y, finalmente, la mutación constitucional por medio de la interpretación constitucional.

Sobre la última forma, el autor citado nos comenta que se da cuando las prescripciones constitucionales son interpretadas de acuerdo con las cambiantes concepciones y necesidades de la época, sin atenerse al tenor literal de la Constitución o sin tener en cuenta el sentido con el que dotó originalmente el legislador constitucional las normas en cuestión.

Afirma el autor que el fenómeno de las mutaciones no hace referencia a crear una costumbre o a las convenciones constitucionales -descripción del derecho constitucional no escrito-, menos se refiere a lo dicho por la doctrina francesa de que son lesiones a la Constitución o falseamientos de la Constitución; para él la mutación constitucional no es ni quebranto de la Constitución ni simple regla convencional, sino que es derecho. Es derecho aunque no concuerde con el tenor literal de la ley; es derecho aunque no pueda ser captada ni conceptuada con los conceptos y construcciones jurídicos formales: su fundamento jurídico reside en la singularidad valorativa del derecho constitucional, en la llamada necesidad política, en las exigencias y manifestaciones de vitalidad del Estado que se realiza y se desarrolla a sí mismo.

Finalmente, dice el autor que hay mutaciones que la Constitución permite y exige: son estos los complementos y desarrollos del sistema de sentido contenido en ella idealmente; y hay, por otro lado, mutaciones que no son queridas o deseadas por la Constitución, pero que no son controladas ni impedidas por ella.

Sin duda alguna, la mutación constitucional choca de frente con el pensamiento del literalismo que promulga, entre varias cosas, que el lenguaje de la Constitución es en sí mismo y que atribuye al intérprete de la Constitución un papel de lector rígido, donde el proceso de estudio no tenga en cuenta el contexto social ni el lingüístico.

II. Mutación: desviación de poder, prevaricato

Ingresamos al estudio de la desviación de poder en tanto a la hora en que la Sala Constitucional utiliza la mutación constitucional, podría decirse que, en algunos casos, puede ir más allá de sus

competencias y funciones. Esto por cuanto la mayor parte de las críticas hacia ese tribunal radican en que se ha entrometido en funciones propias de otros Poderes de la República (baste con recordar el tema de la reelección presidencial en donde se decía abiertamente que tal tópico era de exclusiva competencia del Poder Legislativo).

La desviación de poder es conocida en doctrina como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico; en palabras de la Constitución española resulta ilegal, por incurrir en desviación de poder, la actuación administrativa que no se someta a los fines que la justifiquen⁸. En el caso nacional, la propia Constitución prohíbe que los funcionarios públicos se arroguen funciones que no le han sido delegadas. Así, se pueden entresacar los elementos típicos para que se constituya la desviación de poder: 1) que la desviación de poder presupone el ejercicio de potestades; 2) que esas potestades son potestades administrativas; y 3) lo que define a la desviación de poder como vicio de la actuación administrativa es el apartarse del fin que la justifica.

En el primero de los elementos, si se entiende que la desviación de poder consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico, debe comprenderse que solamente en presencia de tales potestades podrá decirse, en su caso, que la Administración ha incurrido en la mencionada infracción del ordenamiento jurídico. Aquí vale agregar que el cumplimiento del objeto de creación puede tener su aspecto positivo (hacer un acto no permitido o delegado); aspecto negativo (un no hacer o una inactividad). De todas maneras, el hacer debe hacerse dentro de lo encomendado y el no hacer, al no cumplirse ni tan siquiera con lo delegado, constituye por sí solo una desviación de poder.

Cuando se actúa en un sentido es fácil observar el exceso de poder, mas cuando no se actúa debiendo actuar, deben, según la doctrina, presentarse tres supuestos: a) que el hecho esté definido por ley para que pueda decirse que la Administración debía ejercer la potestad de que se trate; b) que el administrado pueda obtener

⁸ Ver en ese sentido, CHINCHILLA MARÍN (Carmen). La desviación de poder, 2da edición, Civitas, Madrid, 1999, p. 54.

beneficios de ese ejercicio o, lo que es lo mismo, que sea titular de un derecho subjetivo o interés legítimo respecto del mismo y, c) que aquel haya solicitado de la Administración que actúe en un determinado sentido, ya que se está ante la teoría del acto previo, expreso o presunto, cuya presencia es requisito necesario para poder apreciar en vía de recurso cualquier infracción del ordenamiento jurídico que cometa la Administración Pública.

Siendo la desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas ajenas o su no hacer, vale recordar el principio de legalidad que es el marco bajo el cual se desenvuelve, en mucho, el Derecho aplicable o la doctrina en estudio. Así, la Administración actúa porque una norma la ha apoderado en ese sentido y para que cumpla una finalidad de interés público concreta.

A la temática de la desviación de poder, del cual mucho se le ha acusado a la Sala Constitucional, es importante agregar el criterio de buena parte de la doctrina en el sentido de que en el Poder Judicial, en su labor resolutoria, no puede decirse que hay desviación de poder, pues ella es propia de la labor meramente del campo administrativo; así, lo que los jueces pueden cometer -cuando redactan sentencias injustas o que se extralimitan, entre otros supuestos- es el delito de prevaricato⁹ pero nunca una desviación de poder.

La justificación a tal idea yace en que el Poder Judicial tiene una función constitucionalmente definida que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por lo que puede afirmarse que la finalidad de la potestad jurisdiccional se agota en sí misma. A diferencia de la Administración que tiene que atender una gama de fines de diversos tipos, identificados todos con la idea de servir a los intereses generales, y que actúa eligiendo la forma y los métodos más adecuados para servirlos con eficacia, el juez simplemente aplica la Ley (y los principios) al caso concreto y resuelve la controversia que le haya sido planteada. Así, si la Sala se excede en sus funciones, si ingresa al campo de funciones de otros poderes o instancias, resulta claro que lo que sucede es un delito (el de prevaricato) y no una desviación de poder, como erradamente muchos (incluso estudiosos del Derecho) han afirmado

⁹ Delito penal que impone sanción de prisión al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.

y ello por cuanto tal figura no es propia del quehacer jurisdiccional.

III. Un ejemplo de mutación constitucional: derecho a la educación

Expresa nuestra Constitución Política, en el numeral que nos interesa, lo siguiente:

“Artículo 78: La educación preescolar y la general básica son obligatorias. Éstas y la educación diversificada en el sistema público son gratuitas y costeadas por la Nación. / En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior al seis por ciento (6%) anual del producto interno bruto, de acuerdo con la ley, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución. / El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de becas y los auxilios estarán a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley.”

Es importante hacer ver que la redacción original, que en mucho se mantiene, se realizó en la época liberal de la historia patria; el deseo de vencer el analfabetismo era una tarea de los gobernantes de turno y la norma, como tal, buscaba un pueblo culto, por lo menos en la enseñanza básica.

No dice la norma que la educación es un derecho, sino que es una obligación; distingue entre ricos y pobres, pues si unos pueden costear sus estudios y otros no, a estos el Estado les ayudará; la meta era, pues, educar al pueblo. Expresa que la educación preescolar y la general básica son obligatorias -no es un derecho- y que el Estado contribuye con el 6% por ciento, mínimo, del producto interno bruto en el presupuesto nacional.

a) *Sobre los derechos humanos*

La educación es uno de los derechos humanos y estos son los derechos de los que es titular la persona no por simple concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser “ser humano” y de participar de esa naturaleza humana; son derechos poseídos por toda persona, cualquiera que sea su edad, condición de raza, color, credo religioso, procedencia, sexo, entre otros aspectos, por lo que

están más allá y por encima de todo tipo posible de circunstancia discriminatoria.

Fernández Galiano dice que:

*“Algunos autores, al definir estos derechos, añaden el dato de que el ejercicio de los mismos no puede ser concebido por el poder, que, al contrario, está obligado a reconocerlos y garantizarlos; así, por ejemplo, CASTÁN dice que son “aquellos derechos fundamentales de la persona humana -considerada tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponden a esta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común”. Sin embargo, aunque ello sea ciertamente así, creemos que la exigencia de respeto a los derechos fundamentales por parte del poder es, más que una nota esencial de los mismos, una inevitable consecuencia de su carácter <<fundamental>>.”*¹⁰

Por otro lado, ingresando un poco más en la historia, la acepción ‘derechos fundamentales’ “*droits fondamentaux*”, surge en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Este hecho se ve después ampliado con lo sucedido en Alemania en la Constitución de Weimar de 1919 y su articulación de las relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. De ahí en adelante, la fuerza que comenzó a alcanzar este tipo de normas fundamentales en el derecho constitucional ha sido enorme hasta llegarse a decir incluso que:

*“La teoría de los derechos fundamentales, es decir, la teoría de que hay un conjunto de atributos que el hombre tiene por su sola condición de hombre, derivados, por lo tanto, no de la voluntad del Estado, sino de la naturaleza misma de las cosas, llamémoslas derechos naturales, llamémoslas conciencia ética de la humanidad, llamémoslas como sea, pero que son atributos con los que el hombre nace y que los tiene por su sola condición de tal. Toda esta teoría de los derechos, que el Estado no inventa sino que tiene que reconocer, que el Estado no inventa sino que descubre, que el Estado no otorga, sino que tiene que reconocer y por lo tanto de que no son disponibles por el Estado.”*¹¹

10 FERNANDEZ - GALIANO (Antonio). Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho. Madrid, Editorial CEURA, Quinta Edición, Corregida y Aumentada, 1986, p. 26.

11 PIZA ESCALANTE (Rodolfo). “La Justicia Administrativa como garante del Derecho ambiental”, exposición XII efectuada en el I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Unión Mundial para la Naturaleza, P. 171.

De lo anterior resulta necesario afirmar que las corrientes del derecho de la constitución más novedosas no escatiman sus ideas de que los derechos fundamentales existen desde antes de la misma Norma Suprema positiva; que esa norma reconoce y no inventa, ni crea, sino que simplemente, debe limitarse a aceptar.

De esta forma estamos conociendo cómo una creación humana, el derecho positivo, ha debido remontarse a un pensamiento anterior a su misma existencia, dado que el derecho natural, el mismo que le da al ser humano los llamados derechos fundamentales, existe desde siempre, dado que procede de Dios; así, el derecho natural fue y es recogido por el pensamiento positivo en el sentido de que este procede del obrar humano, mientras que aquel del obrar divino, sobreponiéndose, por tanto, al otro.

Del pensamiento de Santo Tomás de Aquino se desprende la exigencia de someter el derecho positivo a los preceptos del Derecho natural, expresión de la naturaleza racional del hombre. De este modo, el deber de obediencia al Derecho positivo se subordina a su conformidad con el Derecho natural¹².

Los derechos fundamentales han sido fruto, según enseña Pérez Luño¹³, de una doble confluencia:

- 1) Los derechos humanos suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivación y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma en el Estado de Derecho;
- 2) Por otro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales.

12 PEREZ LUÑO (Antonio). Los derechos fundamentales. Madrid, Editorial TECNOS, S. A., Quinta Edición, 1993, p. 30.

13 Ibid. p. 43.

Así, los derechos fundamentales aparecen, sigue Pérez Luño, como una etapa avanzada del proceso de normativización positiva de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho.

Por otro lado, se ha de comprender como diferentes los vocablos derechos “humanos” y derechos “fundamentales”; los segundos se refieren a los derechos positivados en ámbito interno, en tanto que los primeros se orientan a denominar la positivización universal de los derechos naturales en las convenciones y declaraciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, la libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.

En cuanto a la positivización de los derechos humanos, se tiene que Gregorio Peces-Barva afirma que estos sólo alcanzan su plenitud cuando una norma jurídica positiva, es lo común que sea de rango constitucional o de ley ordinaria, los reconoce; es así cuando de tal norma se deriva un conjunto de facultades o derechos subjetivos y cuando los titulares de esos derechos pueden contar para la protección de tales derechos con el aparato coactivo del Estado.

Lo anterior es refutado por Fernández Galiano, pues según él, el negar cualquier virtualidad jurídica a aquellos derechos humanos no reconocidos por la legislación positiva es un error; de ahí que le resulte mejor ubicar los derechos humanos antes que cualquier orden jurídico en cuanto que los derechos fundamentales provienen de un orden superior, objetivo, que pueda ofrecer un fundamento de carácter universal y que pueden ser invocados en cualquier momento histórico. Esto lo ve así ya que, como Pérez Luño, *“repugna a la conciencia y a la dignidad humana admitir que el que el hombre ostente o no los derechos fundamentales, afectantes a los aspectos más íntimos y entrañables de la persona, dependa tan sólo de la vigencia de normas que quieran otorgarlos”*.¹⁴

De las dos posiciones esbozadas tenemos que en cuanto Fernández Galiano, aunque pareciera utilizar como sinónimos los términos derechos humanos, derechos fundamentales y derechos naturales, se está refiriendo realmente a los *derechos humanos*; en

14 PEREZ LUÑO (Antonio). Op. Cit., p.49.

cuanto noción prescriptiva de unos valores de la persona humana enraizados en una normatividad suprapositiva, pero que deben ser reconocidos, garantizados y regulados en cuanto a su ejercicio por el Derecho Positivo¹⁵.

Por su parte, Peces-Barva, aunque a veces equipare los derechos humanos a los fundamentales o a las libertades públicas, su pensamiento se dirige a hablar de los *derechos fundamentales* básicamente; por ello, habla bien cuando advierte que no pueden existir derechos que no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico estatal.

Así es que del análisis doctrinario de ambos autores se desprende que los dos aceptan los derechos humanos como una categoría previa que legitima e informa los derechos fundamentales así como coinciden en el reconocimiento de que estos derechos son una categoría descriptiva de los derechos humanos positivados en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, valga recordar que ni este los otorga ni los inventa, ya que no se puede dar lo que ya se tiene; el derecho positivo sencillamente debe titular lo existente.

El hombre ejercita los derechos humanos frente al Estado y ante cualquier otra persona, cuando siente que le han sido lesionados. Es de esta forma un acto de defensa ante intromisiones del poder en la esfera de las libertades del individuo, es decir, un atropello a la dignidad de la persona. El poder en sí mismo busca su expansión por lo que se le debe controlar, de esto surge lo que se llama "Estado de Derecho"; concepto este que se ha venido forjando en la Edad Moderna frente a aquellos regímenes o ideologías que atentan contra la plena realización de las personas en sociedad. De ese Estado de Derecho es que surge la tendencia mundial de reconocer, no crear, los derechos fundamentales como los inherentes al ser humano; los que se le respetan en todo momento y por los cuales el Estado debe trabajar en pro de su protección, de su salvaguarda.

De lo anterior se desprende cómo no es sino ahora que se ha venido logrando ese reconocimiento, siendo otrora una labor que mucha sangre costó a millones de seres humanos; gracias a esas

15 PEREZ LUÑO (Antonio). Op. Cit., p. 49.

personas que murieron en el campo de batalla sea en el sentido físico o el ideológico, es que hoy se puede hablar con lenguaje universal de los principios que le son propios al ser humano. La conquista de situaciones que reconozcan y garanticen los derechos humanos ha sido lenta, ya que con esa misma lentitud se ha producido el despertar de los hombres a la toma de conciencia de que son portadores de unos derechos por el solo hecho de ser personas.

b) *Sobre el derecho a la educación y la jurisprudencia constitucional*

Teniendo el anterior marco de referencia, es necesario relacionarlo con lo que la Sala Constitucional ha indicado respecto del ordinal 78 de la Constitución Política. En ese sentido, se ha mencionado ligeramente que la norma no habla de un *derecho* a la educación; es decir, que no se puede afirmar que literalmente esté tal derecho; más bien la norma posee una redacción de mandato imperativo, de obligación; la educación y su recibimiento es una cuestión de *obligación* que no se deja al libre decidir de los individuos.

Sin embargo, la Sala ha cambiado en sustancia la lectura inteligente de ese artículo al leer derecho humano a la educación donde no lo dice la norma. Es por ello que en este caso estamos ante la *mutación constitucional por medio de la interpretación constitucional*. La misma que se da cuando las prescripciones constitucionales son interpretadas de acuerdo con las cambiantes concepciones y necesidades de la época, sin atenerse al tenor literal de la Constitución o sin tener en cuenta el sentido con el que dotó originalmente el legislador constitucional a las normas en cuestión.

Es que la evolución de los derechos humanos no sólo ha modificado la interpretación de la Constitución en nuestro país, sino en todos los países que se han inclinado sin desvelos a la defensa de los derechos o principios que le son inherentes al ser humano por su calidad de tal.

Así, el derecho a la educación, es decir, derecho de aprender y libertad de escoger a quién y por quién, tiene su ubicación en el ámbito Constitucional y posee reconocimiento tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho Constitucional interno, por lo que han llegado a tener el rango de verdaderos derechos humanos, con la fuerza y vinculación que

esto comporta. En otras palabras, al menos desde el punto de vista teórico, esta materia no presenta la menor controversia, mas sí en la práctica, por no asignación de suficientes recursos, entre otros obstáculos.

En relación con el tema que se trata, una de las sentencias del alto Tribunal Constitucional ha venido a establecer las pautas y con ello a garantizar un verdadero ejercicio tanto del derecho a la educación como de la libertad de enseñanza. Esta sentencia es la número 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992, que se complementa con la 7494-97 de las 15:45 horas del 11 de noviembre de 1997. Ahora, estas dos sentencias han desarrollado en forma bastante completa el contenido de los principios fundamentales en cuestión -derecho a la educación y libertad de enseñanza-.

En primer término, la sentencia 3550-92 reconoce tanto desde la perspectiva del Derecho de la Constitución (art. 78, 79 y 80) como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio básico del derecho a la educación y perfila uno más de tinte cultural, sea la existencia de un derecho fundamental -o garantía, en el lenguaje constitucional- referido a la libertad de enseñanza, incluso reforzándolo con el deber del Estado de estimular la iniciativa privada en el campo de la educación.

En este sentido indica el voto:

“La libertad de enseñanza se bifurca (...) en dos sentidos o direcciones correlativos o solidarios, en cuanto que no sería posible atentar contra uno de ellos sin dañar el otro:

a. (...) el derecho de aprender, eligiendo libremente a los maestros; consagrado para los niños, a través de sus padres, quienes tienen el derecho fundamental de escoger la educación de sus hijos, y para los adultos mismos;

b. (...) la libertad que tienen los particulares de fundar, organizar, dirigir y administrar centros docentes -privados- que el Estado está obligado a estimular, según el citado artículo 80 de la Constitución.”

El voto de cita refiere en todo momento al derecho de toda persona a educarse y a educar a sus hijos en un centro de enseñanza que considere acorde con sus creencias. En otros votos de la Sala Constitucional como los siguientes: 878-98, 735-98, 1435-94, 1117-

96, 712-96, 902-95, se menciona siempre el derecho a la educación a pesar de que la Constitución no lo señale literalmente; tal fenómeno de la mutación se presenta en este caso en razón de ese pensamiento de la Constitución dinámica, viva, en movimiento que, recordando lo dicho sobre los derechos humanos, se inserta en la realidad mundial de reconocimiento de derechos que existen de por sí, y que el derecho positivo no inventa sino que se limita a reconocer y normar.

El voto 2667-94 expresa, incluso, que el Estado garantiza a sus ciudadanos el derecho a la educación; de esta manera, habiendo analizado una lista de votos relacionados con el tema del derecho a la educación (algunos aquí citados) se llega a determinar que la Sala leyó (mutación constitucional) derecho a la educación donde no lo dice la Carta Magna y tal actuar es, ciertamente, ir más allá de lo mandado competencial; pero ello en nuestro parecer no quebranta el orden constitucional al estarse ante derechos humanos que no conocen de escala normativa alguna, sino que lo impuesto en la práctica legal como jurisprudencial es su reconocimiento. Es más, en materia de derechos humanos bien sabemos que en la medida en que se reconozcan mayores garantías a las personas, la misma Sala ha sido del criterio de que sus instrumentos, sea los convenios o tratados, aprobados o no por el país, prevalecerán hasta por encima de la Constitución Política.

Conclusiones

Se ha podido comprobar que dentro del quehacer de la Constitución, como fenómeno, se presentan algunos elementos interpretativos que deben por fuerza conocerse y aplicarse por ser parte de la estructura del Derecho de la Constitución.

La Sala Constitucional, integrante de la estructura constitucional del Estado Costarricense, contribuye con su presencia a que esa estructura se mantenga en estrecha relación y respeto de las competencias asignadas a cada cual.

Desde la creación de la Sala Constitucional, en 1989, la Constitución como cuerpo lapidario de normas en muchas ocasiones pasó de ser eso, a asumir el papel que en realidad le corresponde. Es la maestra en la correcta interpretación y aplicación de las normas y los principios constitucionales; Carta Magna que es la

cabeza del sistema normativo de la República y de todos los países que comulgan con el pensamiento positivista.

Esta puesta en vida de la norma suprema ha causado voces favorables y otras de contenido negativo. Dentro de esas existen las que afirman que la Sala excede sus poderes y que se arroga de manera “perfecta” su interpretación. Tal fenómeno en mucho se debe a la presentación de la doctrina de la mutación constitucional que se liga de manera directa a la aplicación de un concepto de Constitución como estructura dinámica, en constante cambio que no necesariamente va a esperar que el legislador modifique, derogue o sustituya una norma constitucional por los medios formales, sino que sencillamente lo hace con su jurisprudencia.

Tal fenómeno no es sólo de Costa Rica. El cuidado yace en cuándo en la realidad se está ante la figura dicha y cuándo más bien podríamos caer en el delito de prevaricato. En fin, lo positivo de esto es que la Sala ha adecuado la redacción de la Constitución y su interpretación al acontecer diario, a lo que hoy se entiende por Constitución; al explicar una norma desde el momento y no tanto desde el carácter histórico o del fin que se concibió que, en mucho, es distinto en otro estadio del tiempo. Así, la Constitución se explica desde el hoy, no tanto desde el ayer, y de esa manera es como la Sala ha interpretado normas que en su redacción parece que no dicen algo, mas en su adecuada y real interpretación, a través del fenómeno de la mutación, sí lo dirán.

Se ha analizado un caso muy interesante relacionado con el derecho a la educación en tanto como derecho no lo dice por ningún lado la Constitución, pero gracias a la utilización de la clase de mutación vista, la Sala y los operadores jurídicos en general, debe entenderse que la norma 78 de la Constitución Política dice *derecho humano* a la educación. Ese es un ejemplo del fenómeno que ha obrado de manera positiva en el sistema jurídico.

A pesar de lo anterior, es justo, en nuestro criterio, indicar que en ciertas oportunidades la Sala Constitucional sí ha ido más allá de sus funciones, sí se ha insertado dentro de competencias que no son las suyas, pero es que tal realidad de crítica, de por sí, es propia de países donde existen salas o tribunales de este tipo.

Bibliografía

Libros.

FERNANDEZ - GALIANO (Antonio). *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*. Madrid, Editorial CEURA, Quinta Edición, Corregida y Aumentada, 1986.

LASALLE (Ferdinand). *¿Qué es una Constitución?* (1862) (Estudio Preliminar de E. Aja). Ariel, Barcelona, 1984.

CHINCHILLA MARÍN (Carmen). *La desviación de poder*. 2da edición, Civitas, Madrid, 1999.

PEREZ LUÑO (Antonio). *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial TECNOS, S. A., Quinta Edición, 1993, p. 30.

PIZA ESCALANTE (Rodolfo). "La Justicia Administrativa como garante del Derecho ambiental", exposición XII efectuada en el *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Unión Mundial para la Naturaleza.

SANCHEZ URRUTIA (Ana Victoria). "Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.

Jurisprudencia

Votos constitucionales: **3550-92** de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992; **2667-94** de las 12:00 horas del 10 de junio de 1994; **7494-97** de las 15:45 horas del 11 de noviembre de 1997.