



unicef 

 COSTA RICA



**Documentos de Trabajo**  
**Working Papers**





Working Paper #7

# El Derecho a la Educación y a los Reglamentos

Alejandro  
April 1998

Publication:  
UNICEF-Costa Rica  
Rhea Saab  
Assistant Representative

General Coordination and Final Revision:  
Fernando Carrera

Printing Coordinator: Xinia Miranda, Communications Consultant/UNICEF  
Design: Telma Carrera  
Translation from the Spanish: Barbara Boehm, Consultant/UNICEF

UNICEF 1999

This document or sections of it may be reproduced if and only if proper credit is given and a copy is sent to UNICEF-Costa Rica.

## ÍNDICE

I. Introducción	5
A.- EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN CONCRETO	7
a) Gratuidad de la Educación	9
b) Obligatoriedad de la Educación	12
B.- LOS PRINCIPIOS DE RESERVA Y RAZONABILIDAD DE LA LEY COMO GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	15
a) El Principio de Reserva de Ley y el Derecho a la Educación	15
a.1) El Consejo Superior de Educación y el Principio de Reserva de Ley	19
a.2) Importancia de Participación de la Asamblea Legislativa en la Regulación General del Derecho a la Educación	20
b) Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad de la Ley	21
C.- DERECHO A LA IGUALDAD Y A NO SER DISCRIMINADO	24
D.- “DEL MENOR AL CIUDADANO”: EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DENTRO DEL SISTEMA EDUCATIVO COSTARRICENSE	27
E.- EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO ESTUDIANTIL: EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE DEBIDO PROCESO	31
a) Los Principios de Legalidad y Tipicidad en la Fijación de las Faltas y las Sanciones Disciplinarias (nullum crimen sine lege y nullum poena sine lege)	32
b) El Respeto del Principio del Debido Proceso en el Proceso Disciplinario Estudiantil	34
b.1) El Principio de Prohibición de la Sanción Múltiple (non bis in idem) y el Régimen Disciplinario Estudiantil	35
b.2) Necesidad de un Proceso Previo para la Imposición de una Sanción Disciplinaria (nullum poena sine iudicio)	37
b.3) El Derecho de Defensa del Adolescente Sometido a un Proceso Disciplinario	39
b.4) Derecho de Impugnación e Imparcialidad del Organismo Encargado de Resolver en Segunda Instancia.	41



b.4.1) Necesidad de Distinguir al Órgano Encargado de Conocer en Segunda Instancia con Relación al de Primera Instancia	42
b.4.2) Imparcialidad del Órgano Encargado de Conocer en Segunda Instancia	42
CONCLUSIONES GENERALES	45
BIBLIOGRAFÍA	49

El sistema educativo costarricense se ha encontrado, tradicional e históricamente, en una conveniente situación de semi inconsciencia con respecto a sus repercusiones jurídicas, y, a pesar de la gran variedad de leyes, reglamentos y directrices que regulan las diferentes situaciones que se pueden presentar dentro del sistema, existe un amplio desconocimiento sobre su ámbito de aplicación y sobre los mecanismos por medio de los cuales se puede conminar al Estado a cumplir con todas las obligaciones que devienen del derecho de educación, entendido como un derecho subjetivo a prestación.

Por ello, parece importante acercar el sistema educativo al mundo de lo jurídico, interiorizando que los problemas de la educación costarricense, además de ser de índole social y económica, constituyen un claro problema de derecho. Lo cual resulta más claro si se parte del establecimiento de la educación como derecho fundamental, principalmente de los niños y los adolescente, regulado en nuestra Constitución Política.

Es así como, reconociendo la problemática educativa también como jurídica y partiendo del derecho constitucional a la educación, se pretende realizar un análisis de todos los instrumentos legales relacionados con el tema, tratando de determinar posibles roces de constitucionalidad y limitaciones o transgresiones a este derecho fundamental, así como a cualquier otro derecho de similares características.

Lo anterior, partirá de la comprensión de las limitaciones que un estudio de estas características posee, debido a que, de previo, debe entenderse que no todo lo descrito en la ley se aplica en la práctica y que, en consecuencia, existe, en muchas ocasiones, un desfaz entre lo expresado en el papel y la realidad. Se hace esa aclaración, puesto que se parte de la siguiente idea de Constantino Láscaris: "Juzgar a una institución por sus programas es no juzgarla, sino enjuiciar unos papeles". En conclusión, se intentará realizar un análisis de la ley en sí misma y no de su aplicabilidad o eficacia práctica, sin obviar que ello tal vez no sea suficiente.

Tal análisis tomará como parámetro no sólo, según se dijo, la Constitución Política sino cualquier otro instrumento legal que posea rango constitucional y que, obviamente, tenga relación con la materia, tal es el caso de los tratados o convenios relacionados con el derecho internacional de los derechos humanos.

Dentro de estos derechos o principios fundamentales que pueden ser afectados por la legislación educativa, serán analizados tanto derechos de defensa del adolescente frente al Estado, que son derechos a acciones negativas (omisiones) por parte de éste, como aquellos derechos a acciones positivas, calificados como derechos a prestaciones del Estado, sea a acciones positivas. Dentro de éstos últimos el derecho a la educación en sí.

Igualmente, será objeto de estudio la correspondencia de la legislación educativa con el principio de igualdad, el principio democrático y el derecho de participación, el principio de reserva legal, de seguridad jurídica, de debido proceso y el derecho de defensa.



## A.- EL DERECHO DE EDUCACIÓN ENa CONCRETO

El derecho a la educación es un derecho humano que, en tanto tal, es propio de toda persona humana, sin embargo, debe reconocerse, posee una protección especial con respecto a los niños y adolescentes. De hecho, algunos han indicado que la escuela es el lugar natural de estas personas, marcando así la importancia que para ellos tiene el aseguramiento de este derecho fundamental.



Es por ello que, tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (arts. 28 y 29 CNUDN) a nivel internacional como el Código de la Niñez y la Adolescencia (arts. 56 a 72 CNA) a nivel interno se han preocupado por protegerlo a cabalidad, estableciendo, para el Estado, una serie de deberes de prestación en protección del mismo.

Deberes que surgen, precisamente, como correlativos al Derecho de Educación, que es uno de esos denominados como derechos sociales fundamentales, los cuales crean, en favor del individuo, en este caso el niño y adolescente, un derecho subjetivo a recibir una prestación por parte del Estado.



En consecuencia, el derecho a la educación hace referencia, como derecho social fundamental o derecho subjetivo a prestación, a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, que, no obstante, podría perfectamente ser cubierto por personas privadas, siempre que el estudiante o sus padres dispusieran de los medios financieros necesarios y se encontrase en el mercado una oferta suficiente para satisfacerlo.

De esta manera, el derecho a la educación expresa una relación trivalente entre el titular del derecho (estudiante), el Estado y una acción positiva del Estado. Por ejemplo, si un estudiante tiene el derecho a recibir una educación gratuita y obligatoria frente al Estado, éste debe realizar una acción positiva para su satisfacción que podría expresarse en el establecimiento de una educación accesible para todos, eficiente, gratuita y obligatoria. El Estado, por ende, tiene frente al estudiante la obligación de satisfacer este objetivo y realizar tales acciones tendientes a ello. Ello implica que cuando existe "...una relación de derecho constitucional de este tipo entre un titular de un derecho fundamental y el Estado, el titular de derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente el derecho."<sup>1</sup>

No obstante, esta relación no ha sido de tan fácil resolución, puesto que contra la protección de este derecho fundamental se han impuesto las limitaciones presupuestarias que, en un país como el nuestro, son muchas. De hecho, éste ha sido uno de los principales obstáculos para la protección del mismo, llevando a algunos a realizar la siguiente afirmación : "Es un problema tener en educación aspiraciones de países desarrollados, con recursos de país pobre."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ALEXI (Robert). **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997. pp. 431.

<sup>2</sup> Declaración del Ministro de Educación, señor Guillermo Vargas, al diario La Nación. LA NACIÓN, **Calidad ausente del aula.** domingo 18 de abril de 1999, pp. 5A.

Sin embargo, en contra de esta afirmación esencialmente sustancialista, debe indicarse que el problema no es querer o pretender tener una educación de país desarrollado, sino asegurar, eficientemente, la protección de un derecho humano que, en el tanto sea asegurado de manera eficiente, va a tener características muy similares a las de otros países, desarrollados o no, que también garantizan eficientemente el mismo.

Y es que en un país con una Constitución Política que impulsa el desarrollo de un Estado Social, que promueve la igualdad entre sus ciudadanos, no puede permitirse que el Derecho se vea limitado, como pretenden los sustancialistas, a ser un "fiel reflejo de la realidad.", por el contrario, éste debe ser el principal instrumento promotor no sólo de una igualdad jurídica sino también fáctica entre todos los ciudadanos de la República, incluidos entre éstos, obviamente, los niños y adolescentes.

En consecuencia, "En lugar de ser un programa de acción futura, y un instrumento para conseguir lo que todavía no es, si el derecho debe reflejar la realidad, entonces sólo puede y debe existir cuando ya no es más necesario. El resultado de este razonamiento (incorrecto y falso), consiste en confirmar la subestimación de la función del derecho : otra profecía en la cual los "sustancialistas" trabajan incansablemente para su autorrealización. Así, un derecho a la educación que refleje la "realidad" debe concluir, por ejemplo, que la educación de calidad es un derecho de aquellos niños cuyos padres tiene un nivel de ingresos que permita dicho tipo de educación."<sup>3</sup> (el marcado no es original)

De hecho, podría indicarse que "Ningún derecho "refleja mejor realidad" que aquellos "derechos especiales" que parten, paradójicamente, del reconocimiento de la imposibilidad de universalidad en la práctica las políticas sociales básicas (salud y educación para todos). La conquista de beneficios sociales para los niños trabajadores constituye el mejor de los ejemplos. Con la excusa y supuesta legitimidad de su protección, algunas personas o instituciones promueven la obtención de beneficios sociales para los niños trabajadores (seguro médico, por ejemplo). ...estas "conquistas" van consolidando y confirmando una cultura de apartheid que percibe el trabajo infantil como una solución y a los niños trabajadores como una realidad inmodificable, equiparable a una catástrofe natural."<sup>4</sup>

En reacción contra esta visión sustancialista del derecho a la educación se han opuesto la nueva doctrina de la protección integral y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, así como todas sus adecuaciones internas, al menos a nivel latinoamericano. Es decir, "Desde el Estatuto de Brasil de 1990, hasta la nueva ley de infancia de Nicaragua aprobada en el parlamento en marzo de 1998, todas las leyes gestadas por los movimientos de lucha por los derechos de la infancia han sido profundamente negadoras de la realidad."<sup>5</sup>

Dentro de estos instrumentos legales internos se encuentra el Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, el cual parte, según su artículo 4, de un pre-



<sup>3</sup> GARCÍA MÉNDEZ (Emilio). En García Méndez Emilio y otros. **Ley, Infancia y Democracia**. Temis, Bogotá, 1998. pp. 15.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid. pp. 21.

supuesto claramente negador de realidad, sea de la imposibilidad del Estado costarricense de "...alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas."

Ahora bien, parece importante aclarar aquí que no por ser, estas normas, negadoras de realidad puede llegar a concluirse que las mismas son menos exigibles, todo lo contrario, puesto que sólo mediante su exigibilidad podría llegar a afirmarse que ellas están imponiendo un límite al Estado con respecto a la protección/desprotección de los derechos sociales fundamentales en general y del derecho a la educación en específico. Es decir, sólo si el niño o adolescente posee un derecho subjetivo que puede hacer exigible ante los tribunales de justicia podría lograrse el cometido de garantizar la tutela de este derecho.

En consecuencia, teniendo presente la importancia de la función del Derecho en la protección del Derecho a la Educación, corresponde a continuación repasar algunos de los mecanismos o institutos de que ha echado mano nuestro ordenamiento jurídico para garantizar este derecho y el cumplimiento de los correlativos deberes a cargo del Estado. Dentro del cual, vale decir, el artículo 78 de la Constitución Política cumple un papel fundamental. El mismo establece: "La educación preescolar y la general básica son obligatorias. Estas 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.

#### a) Gratuidad de la Educación

Uno de los pilares básicos del sistema educativo y de la democracia costarricense lo constituye, precisamente, el principio constitucional, mencionado al final del apartado anterior, que establece que la educación general básica y diversificada<sup>6</sup>, sea la primaria y secundaria, es gratuita, obligatoria y costeada por el Estado, principio que ha sido factor importante de movilización social y expresión práctica del fomento de la igualdad entre los seres humanos en general, y entre los ciudadanos costarricenses en particular.

El mismo se traduce en la obligación del Estado de asegurar el acceso indiscriminado a la educación, para lo cual resulta determinante que la misma sea gratuita, salvando así cualquier posibilidad de exclusión por razones socio-económicas o de pobreza.

Ahora bien, no obstante el Estado costarricense ha cumplido, a grandes rasgos, con este deber constitucional, debe reconocerse que en los últimos años se han venido presentando prácticas reiteradas, llegando casi a adquirir la característica de costumbre, que atentan contra el mismo, nos referimos a los **cobros voluntarios de matrícula**, que si bien no se encuentran regulados por ninguna ley o reglamento, si constituyen una regla en la práctica de las diversas instituciones educativas.

<sup>6</sup> El precepto constitucional que establece que la educación general básica es gratuita (art. 78 Const. Pol.) fue ampliado por artículo 59 del Código de la Niñez y la adolescencia al la educación diversificada y preescolar. Literalmente establece dicho artículo: "La educación preescolar, la educación general básica y la educación diversificada serán gratuitas, obligatorias y costeadas por el Estado."

El problema jurídico constitucional de esta práctica radica en determinar en qué medida la misma es realmente voluntaria o hasta que punto existe una coacción, más o menos evidente u oculta, de cancelar las sumas de dinero que se cobran. Por ejemplo, en muchos centros educativos primero se les da a los estudiantes o a sus padres de familia un recibo de dinero para que lo cancelen con anterioridad al inicio del proceso de matrícula. Aspecto que si bien no expresa su obligatoria cancelación, de alguna manera conmina a hacerlo.

A este respecto, ya nuestra Sala Constitucional se ha pronunciado, por ejemplo en su voto número 902-95, indicando : "La Sala teme que no obstante el dicho de la autoridad recurrida en el sentido de que la contribución tiene carácter voluntario, la forma como se anuncia el cobro, que llega al extremo de indicarle a los padres o representantes de los alumnos que en caso de no tener recursos suficientes para cancelar de una vez la suma requerida deben suscribir un arreglo de pago con la institución, implique la voluntad real y actual de exigir ese dinero como aporte ineludible para la matrícula. Esto, naturalmente, sería tanto más lesivo del derecho a la educación que la sola amenaza de que se ha hablado antes."

De esta forma, debe llegarse a la conclusión de que esta práctica o costumbre no es respaldada por el ordenamiento jurídico costarricense, en cuenta la Constitución Política, por lo que resulta procedente eliminar, o al menos aclarar, este tipo de costumbres viciadas y antijurídicas.

No se trata aquí y con lo dicho de impedir que los estudiantes o sus padres, en su pleno derecho de autodeterminación, colaboren con las diferentes instituciones educativas, ni de que éstas ante las evidentes carencias con que cuentan soliciten la ayuda de los primeros, sino de evitar que esa práctica atente contra el principio constitucional de gratuidad de la educación general básica. Por ello, parece conveniente y con el objetivo de salvar dudas que esa solicitud de ayuda revista otras características y que, a lo mejor, sea solicitada en otro momento diferente al de la matrícula, que, por lo demás, es un período económico difícil para los padres de familia. Piénsese, por ejemplo, en los primeros días de lecciones.

Por otro lado, también debe entenderse que se incumple con esta máxima de gratuidad cuando en los sistemas alternativos al regular, sea, por ejemplo, el bachillerato por madurez o a distancia, se requiere no sólo pagar una cierta cantidad de dinero para realizar los respectivos exámenes sino también recurrir a instituciones privadas, debido a la carencia de oferta pública gratuita, para recibir la preparación o capacitación necesaria para realizar dichos exámenes, instituciones a las que, obviamente, sólo se puede acceder pagando la correspondiente suma de dinero que ellos cobran. Ante esta situación, la pregunta surge con facilidad ¿qué sucede con los que no pueden cancelar esa cantidad de dinero para prepararse y para realizar dicho examen ?

En este sentido, conviene comprender que la norma constitucional no especifica este deber de gratuidad como único de la educación regular, común u ordinaria, por lo que ella también debe abarcar la educación de aquéllos adolescentes que, por diversas circunstancias, deben acudir a sistemas alternativos o diferentes al primero, tales como los mencionados en el párrafo anterior. Ello, por cuanto debe concluirse que en la diversidad, aunque sea limitada, se encuentra la protección efectiva del derecho a la educación.



Otro aspecto que también parece importante citar es el tema de la gratuidad con respecto a los implementos (materiales, útiles, uniformes, etc.) requeridos para la educación, puesto que bien es sabido que muchas familias costarricenses carecen de recursos materiales y económicos suficientes para sufragar estos gastos y que este es también un fuerte motivo de desescolarización o deserción escolar.

En consecuencia, teniendo presente el principio de gratuidad, el Estado costarricense también debe implementar mecanismos de colaboración y subvención con la finalidad de evitar, al máximo posible, que la carencia de esos implementos impida el ingreso de un adolescente a la escuela, o bien facilite, y hasta promueva, su exclusión. Ello, teniendo siempre como democrático objetivo el evitar cualquier tipo de discriminación por razones de pobreza.

Por ello, un sistema adecuado de becas o de cualquier otro mecanismo que cumpla fines similares en satisfacción de esas necesidades, resulta indispensable para asegurar este principio constitucional, lo contrario, implicaría su no satisfacción. Al respecto, conviene citar la Ley de Creación del Fondo Nacional de Becas<sup>7</sup> que, de alguna forma, intenta cumplir con esta obligación estatal, no obstante, debe reconocerse que aún se está lejos de generalizar el acceso a ellas.

De esta forma, a un nivel muy superficial, se han descrito algunos aspectos que deben ser cubiertos por el principio de gratuidad, pero que, tal vez por problemas económicos, no han sido satisfechos a plenitud de acuerdo con lo establecido por esta garantía constitucional del derecho a la educación. Debido a ello, parece también importante abordar el tema presupuestario como un respaldo, indispensable, para lograr esa plena satisfacción.

En este sentido, conviene recordar que durante el año mil novecientos noventa y siete la Asamblea Legislativa reformó, en un arranque garantista, el citado artículo 78 de la Constitución Política, estableciendo como obligación estatal el asignar, al menos, el seis por ciento del producto interno bruto a la educación pública.

No obstante y casi de inmediato, se empezaron a alzar voces manifestando la insuficiencia de ese porcentaje, el cual, al parecer, sólo mantiene un presupuesto similar al que se estaba asignando con anterioridad y que, según han indicado, apenas alcanzaría para mantener un sistema educativo que, como el actual, incumple hasta con lo básico. La reforma, según se achaca, sólo vino a imponer constitucionalmente la asignación de una cantidad de recursos que, además de ser insuficientes, ya se asignaban.

En consecuencia, el temor que ha surgido ante esta reforma constitucional está relacionado con la posible consideración errónea de que el cumplimiento de dicho parámetro en la dotación de recursos satisface las obligaciones estatales, independientemente de que esa cantidad sea suficiente. Interpretación sustancialista que convertiría esta norma en una inaceptable legitimación de la realidad en detrimento de la protección del derecho a la educación.

<sup>7</sup> Ley No. 7658, publicada en la Gaceta # 41 del 27 de febrero de 1997. Al respecto, el artículo 4 inc. a) de dicha ley establece: "El Fondo Nacional de Becas cumplirá con los siguientes fines: a) Conceder becas a estudiantes costarricenses de bajos recursos económicos para que cursen estudios en cualquiera de los ciclos educativos, dentro o fuera el país. Las becas se adjudicarán con base en el mérito personal, las condiciones socio-económicas y el rendimiento académico de los beneficiarios."

Con lo anterior, se quiere realizar un especial énfasis en la idea de que esta norma no descarga responsabilidad, por el contrario, asegura que, siempre que sea necesario, el Estado debe proveer al sistema educativo de mayores recursos que los contemplados por la misma para cumplir con sus obligaciones. Ello, por cuanto dicho artículo constitucional establece explícitamente que se trata de un mínimo, sea de una garantía que tiene por objetivo establecer que nunca debe ser asignada una cantidad menor a la estipulada, pero sí una mayor, cuando, como parece en la actualidad, sea requerido.



Por ello parece correcta y amparada en la misma constitución, la conclusión de algunos en cuanto a la conveniencia de aumentar ese porcentaje, aunque sea temporalmente (5 años por ejemplo), a un nueve o diez por ciento de dicho producto interno bruto<sup>8</sup>, puesto que sólo así, según nos marca la experiencia actual, se podría garantizar eficientemente el derecho de la educación a todos los costarricenses, incluidos los niños y adolescentes como sujetos esenciales de esa protección.

## b) Obligatoriedad de la Educación

Pasando al otro principio establecido en este precepto constitucional, sea el de obligatoriedad de la educación, corresponde determinar a que se refiere el mismo o que objetivos se pretende lograr con él. Lo primero es averiguar quién es el obligado y los segundo a qué se encuentra obligado.

Popularmente se ha creído que el obligado es el estudiante, quien debe necesariamente asistir a la escuela, siendo ésta una creencia impulsada por ideas autoritarias y propias de la llamada doctrina de la situación irregular. No obstante, ya se ha establecido con claridad que el obligado por este principio es el Estado, no sólo el Ministerio de Educación, quien debe proveer todas las facilidades para que todos los posibles estudiantes tengan real acceso a la educación.

Y esto es así, por cuanto debe considerarse que una política social eficiente en protección de este derecho, debe ser complementada con la participación de toda una serie de instituciones que, directa o indirectamente, tienen competencia y obligaciones en la garantización del mismo, aunque, sea el Ministerio de Educación el que posee una responsabilidad más concreta.



Es decir, no se podría proteger eficientemente, por ejemplo, el derecho a la educación si, por un lado, el Ministerio de Educación estuviera fomentando la disminución de la deserción escolar, en tanto el Ministerio de Trabajo esté procurando e invitando a los adolescentes y a sus familias a que los primeros trabajen<sup>9</sup>. Tal situación resulta a todas luces incoherente.



De todos modos, esta responsabilidad estatal se encuentra asegurada por imperativo del artículo 59 del Código de la Niñez y Adolescencia al establecer: "El

<sup>8</sup> GONZÁLEZ (Mauricio). Conferencia **El Rol de la Familia, la Comunidad y las Instituciones Involucradas en la Prevención y Atención de la Delincuencia Juvenil**. Ciclo de Charlas en Materia Penal Juvenil. San José, Auditorio del Poder Judicial, 7 de mayo de 1998.

<sup>9</sup> En este sentido, conviene citar la resolución del Ministerio del Trabajo No. 495-98 de las ocho horas del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, que indica: "Autorizar el trabajo de personas menores de quince años, que participan de la recolección...".

acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita será un derecho fundamental : La falta de acciones gubernamentales para facilitarlo y garantizarlo constituirá una violación del Derecho e importará responsabilidad para la autoridad competente." (el marcado no es original)

Teniendo ello claro, cabe tratar de resolver la segunda interrogante, la cual, en sentido amplio, puede ser resuelta afirmando que el Estado tiene la obligación de asegurar el acceso, de todo ciudadano, a una educación eficiente, en especial de los niños y adolescentes. Situación que, en lo específico puede implicar mucho, no sólo capacidad física y docente, que de paso no se cumple a cabalidad, sino de disminución real de los niveles de deserción escolar y de promoción e incentivación de la educación.

En este sentido, debe concluirse que el Estado debe abordar sus obligaciones, a nivel cuantitativo, es decir, tratando de asegurar que la mayor cantidad de ciudadanos niños y adolescente accedan a la educación, desde tres perspectivas diferentes :

a) Primero, asegurar que todos y cada uno de los adolescentes costarricenses que pretendan ingresar a la escuela encuentren cabida dentro del sistema educativo, es decir, debe contarse con suficiente infraestructura y capacidad docente para que todos los que quieren matrícula la encuentren.

b) Segundo, evitar, según se indica en el artículo 57 del Código de la Niñez y la Adolescencia, la desescolarización o deserción escolar, es decir, a "...garantizar la permanencia de las personas menores de edad en el sistema educativo y brindarles el apoyo necesario para conseguirlo."

c) Por último, tratar de capturar y fomentar que todos aquellos adolescentes que se encuentren en edad escolar, pero no estén inmersos en el sistema educativo vuelvan o, en todo caso, ingresen por primera vez a la escuela.

En consecuencia, debe concluirse que el Derecho de Educación no es sólo de aquéllos que se encuentran inmersos dentro del sistema educativo, sino un derecho inherente a toda persona humana, sobre todo de los niños y adolescentes, independientemente de que se encuentren en esa situación. Por tanto, las obligaciones del Estado no pueden ni deben limitarse a los que ya se encuentran inmersos dentro del sistema, sino abarcar, con especial importancia, la situación de los que no están, atacando los motivos que han evitado su ingreso. Ello, por cuanto la norma constitucional precitada parte de que ésta es una realidad modificable y que, por ende, el derecho debe colaborar en su modificación. Solo así podrá asignarse al derecho de educación la característica de universalidad que lleva intrínseco todo derecho humano.

Visto los alcances de este principio constitucional, no puede ser aceptada la limitación que, en ese sentido y con una perspectiva totalmente sustancialista, realiza el artículo 2 del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes, el cual establece : "El sistema educativo costarricense reconoce al estudiante la titularidad del derecho a la educación desde su ingreso al sistema y todos los derechos inherentes a la persona, según el orden jurídico nacional e internacional vigente en el país." <sup>10</sup>. Lo anterior, por cuanto, según se dijo, el derecho de educación no corresponde sólo a aquéllos que hallan ingresado al sistema educativo, como pretende hacer ver la citada norma reglamentaria, sino, como derecho humano que es, a toda la categoría de seres humanos.

<sup>10</sup> En este sentido, parecía más atinada la regulación que realizaba el artículo 5 de las Normas Básicas Reguladoras del Proceso Educativo, las cuales establecían: "La educación es un Derecho Humano Fundamental cuya titularidad ostenta todo habitante de la República."

Pasando a otro aspecto del principio de obligatoriedad, parece conveniente indicar que, según ya se ha dejado ver, este principio de obligatoriedad no se limita a lo mencionado, sea, a lo meramente cuantitativo (cantidad de estudiantes que acceden o pueden acceder al sistema educativo) sino también obliga al Estado cualitativamente, es decir, a brindar una educación de calidad y competitiva con la educación privada, con el objetivo de evitar cualquier tipo de discriminación por razones de pobreza. Para ello, parece indudable, además de los aspectos infraestructurales, la calidad docente, de programas y de material didáctico.

Para lograr estos objetivos, impuestos por el principio de obligatoriedad, se requiere crear campañas similares al *stay in school* de los norteamericanos o el *Campinas per la educacao* del municipio de Campinas en Sao Paulo, Brasil. Sólo así se logrará la satisfacción de éste principio constitucional.

Ahora bien, a pesar del rango constitucional de estas obligaciones, parece obvio que el Estado costarricense no está cumpliendo a plenitud con todas ellas, bastando, para comprobarlo, hacer una referencia a la infraestructura, la cual, según se ha dejado ver en otro de los componentes de este estudio, ni siquiera tiene capacidad para captar a los que están inmersos en el sistema educativo, ¿qué pasaría si todos los que no están decidieran ingresar?, simplemente no cabrían. De ahí que, probablemente, la campaña para evitar la deserción escolar no pueda incrementarse porque de disminuirse esos niveles, el sistema colapsaría.

Todos los aspectos planteados deben llevar a la conclusión de que el problema de la educación costarricense no es sólo un problema económico, sino principalmente un problema de derecho y que en la medida en que éste sea visto desde esta perspectiva, mayores posibilidades de protección van a existir y menores serán las decisiones discrecionales tomadas por la autoridad.



## B.- LOS PRINCIPIOS DE RESERVA Y RAZONABILIDAD DE LA LEY COMO GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Siguiendo la teoría de los derechos fundamentales, aplicable, obviamente, al derecho a la educación, debe señalarse que, en protección de éstos, se ha determinado que el poder público de reglamentación y restricción de cualquiera de tales derechos no es, ni debe ser, discrecional, por el contrario, el mismo se encuentra sujeto a una serie de límites también estipulados en la misma Constitución Política.



De esta forma, algunos, como Rubén Hernández, consideran que para que una restricción de estas características sea válida, es decir, necesaria "...no es suficiente que sea <<útil>>, <<razonable>> u <<oportuna>>, sino que debe implicar la <<existencia>> de una <<necesidad social imperiosa>> que sustente la restricción."<sup>11</sup> Arribándose a la conclusión, con esta afirmación, de que cualquier restricción de un derecho fundamental debe resultar excepcional y utilizarse sólo como último recurso (*ultima ratio*).

Precisamente, debido a la trascendencia de la protección de esos derechos en favor de toda persona humana y al carácter excepcional de su restricción, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido cuatro garantías que pretenden colaborar en la tutela de los mismos : a) el principio de reserva legal ; b) el respeto del contenido esencial ; c) el principio de razonabilidad de las leyes y d) la existencia de procesos constitucionales para su tutela (mecanismos de exigibilidad o de protección)



A continuación, se echará un vistazo a algunas de estas garantías (reserva de ley y razonabilidad de la ley) con el objetivo de determinar el papel que juegan dentro de la regulación del derecho de educación y, en general, dentro del contexto del sistema educativo.

### a) El Principio de Reserva de Ley y el Derecho a la Educación

Al establecer nuestra constitución política, en su artículo 9, que "El Gobierno... Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí : Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.", está afirmando que existen dentro de las diferentes actividades de gobierno funciones que son propias y exclusivas de cada uno de esos órganos del Estado y que, por tanto, resultan indelegables. En consecuencia, la delegación de las mismas no podría realizarse sin violentar esta norma de nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

Lo anterior, no obsta para valorar la siempre necesaria colaboración que debe producirse entre los diferentes órganos de gobierno ni para comprender que la separación de esas funciones es, en la actualidad, mucho más tímida, entendiéndose que una misma función puede ser ejercida por dos Poderes o por todos. Situación que resulta obvia si se parte del principio de unidad del Estado, de lo cual deviene la conveniencia de hablar de divisiones de funciones y no de poderes.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución, vol. II, Juricentro, San José, 1993. pp. 344.

<sup>12</sup> En este sentido, ver voto No. 5484-94 de la Sala Constitucional.

Ahora bien, teniendo claro ese compartimiento de funciones así como el principio de división de las mismas, debe indicarse que existen funciones que por constitución resultan indelegables, pues, según se dijo, son exclusivas de determinado órgano. De esta forma y con respecto al órgano legislativo, esta exclusividad ha sido traducida en el principio de reserva legal, que establece que determinadas materias o situaciones sólo pueden ser reguladas mediante ley ordinaria, sea aquéllas dictadas por el parlamento (Asamblea Legislativa) mediante el procedimiento establecido para ello.



Precisamente, esa exclusividad está destinada, entre otras cosas, a mantener dentro de las funciones del poder legislativo la regulación primaria de todos los derechos fundamentales, tomando en cuenta cualquier tipo restricción o limitación de ellos, situación que se torna en una garantía para la protección de tales derechos, puesto que "...se trata de que sean los mismos ciudadanos, mediante sus representantes de elección popular en el Parlamento, los que consientan en regular sus derechos fundamentales."<sup>13</sup>

La misma Sala Constitucional ha precisado los alcances del principio de reserva legal en los siguientes términos : "a)En primer lugar, el principio mismo de "reserva legal", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita y dentro de las limitaciones aplicables- ; b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de estas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial" ; y c) El tercero, que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podrían válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer ; de donde resulta una nueva consecuencia esencial ; d) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva legal."<sup>14</sup>. (el marcado no es original)



De esta forma, debe concluirse que la regulación del contenido esencial de los derechos fundamentales está reservado a la ley, así lo consagra el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública que, en lo que interesa, establece : "...el régimen jurídico de los derechos constitucionales está reservado a la ley", mientras que la función otorgada a los reglamentos se encuentra, según el artículo 124 del mismo cuerpo legal, limitada en los siguiente términos : "...los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exenciones, tasas, multas ni otras cargas similares."



<sup>13</sup> HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). Op. Cit. pp. 345.

<sup>14</sup> SALA CONSTITUCIONAL. Voto 3550, del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos. Tomado de HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). Op cit, pp. 34 6.

En consecuencia, la dicotomía de estas dos fuentes de derecho, sean el reglamento y la ley, en cuanto a la regulación de derechos fundamentales, ha sido resuelta por nuestro ordenamiento jurídico a favor de la segunda y en contra de la flexibilidad reglamentaria, indudablemente menos garantista.

Ahora bien, entrando a la regulación del Derecho a la Educación, siendo éste un derecho fundamental de todo ser humano, en especial de los niños y adolescentes, debe concluirse en igual sentido, sea que su regulación primaria debe realizarse mediante la ley ordinaria.

No obstante, contrario a esta conclusión, el sistema educativo costarricense ha abusado de la regulación reglamentaria, mediante decreto ejecutivo, obviando este principio de reserva legal, lo cual ha provocado gran inestabilidad y variabilidad legal, fomentando igualmente desconocimiento e inseguridad para los destinatarios de las respectivas normas. Todo ello un poco producto de la confusión existente con respecto a las funciones del Consejo Superior de Educación, situación que será abordada próximamente.

De esta forma, pueden localizarse una serie de normas dentro del sistema educativo que podrían resultar inconstitucionales por haber sido concebidas por vía reglamentaria cuando el contenido de su regulación se encontraba y encuentra reservado a la ley. En este sentido, cabe citar algunos ejemplos.

El artículo 7 del reglamento de matrícula establece las formas como se podría perder la calidad de alumno regular de una institución, situación que, en virtud de poder provocar la limitación al derecho fundamental educación, debería encontrarse regulado por ley. De esta forma, indica el citado artículo: "La aprobación definitiva de la matrícula crea a favor del estudiante la condición de alumno regular de la institución. Esta condición sólo podrá perderse en cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Muerte del estudiante o pérdida de sus aptitudes mentales; b) Traslado o retiro voluntario expreso gestionado por el propio alumno cuando fuese mayor de edad o por el padre de familia o encargado cuando fuese menor; c) Suspensión por el resto del curso lectivo legalmente acordada. Esta sanción sólo es aplicable a los alumnos de nivel medio; d) Abandono sin causa justificada, a juicio del Director, por un período mayor a un mes; e) Incumplimiento del acto de ratificación de matrícula en los casos que así se requiera; f) Clausura de la institución; y g) Por haber alcanzado la condición de egresado con respecto a los servicios educativos que presta la institución."

Igualmente, en general, al regular este reglamento de matrícula la forma de adquisición de la condición de estudiante regular<sup>15</sup>, los requisitos que para ello se establecen deben fijarse mediante ley.

En el mismo sentido, debe citarse el artículo 55 del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes que establece los deberes de los educandos, sobre todo si se relaciona con el artículo 73 del mismo reglamento que fija la posibilidad de sancionar al adolescente disciplinariamente, aplicándole una acción correctiva, ante el incumplimiento de esos deberes. Al respecto, se indica dicho artículo: "La aplicación de las acciones correctivas al estudiante se hará tomando como referencia el cumplimiento de los deberes que se señalan en el artículo 55 de este reglamento o en el Reglamento Interno de la Institución..."

En la misma situación se encuentra el contenido de los artículos del 76 al 81



del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes que fija las faltas disciplinarias (arts. 76, 77 y 78) y las sanciones correspondientes (arts. 79, 80 y 81) , por cuanto con la imposición de éstas últimas se puede llegar a interrumpir el proceso educativo de un estudiante hasta por el resto del curso lectivo<sup>16</sup>.

En conclusión, todo el régimen de establecimiento de los deberes y obligaciones del educando, así como la determinación de las consecuencias que conlleva su incumplimiento debe encontrarse regulado mediante ley parlamentaria. Lo anterior, también en virtud del principio de legalidad, que establece que no habrá pena ni delito (falta disciplinaria) si las mismas no se encuentran establecidas mediante ley anterior.

Como último ejemplo, debe citarse el caso de los requisitos establecidos para el establecimiento de los centros docentes privados, los cuales en virtud de limitar el ejercicio de una libertad establecida constitucionalmente, sea la libertad de enseñanza<sup>17</sup>, también deben encontrarse regulados mediante ley, no por reglamento como se realiza en la actualidad, sea mediante el Reglamento sobre Centros Docentes Privados. Al respecto, el mismo indica, en los artículos 8 y sgtes., cuáles son los órganos encargados de aprobar los centros privados y las obligaciones que se adquieren con la aprobación, lo que parece ser reserva de ley desde que, según el artículo 13, el incumplimiento de estas obligaciones puede acarrear el cierre del centro.

De la misma forma, el artículo 22 del reglamento citado establece la posibilidad de excluir a un alumno de la educación privada por morosidad, lo que sin lugar a dudas, también debe ser considerado materia de reserva de ley. A pesar de ello, dicho artículo indica : "Cuando se previere, de conformidad con lo dispuesto, en el artículo anterior, la suspensión de los servicios educativos por morosidad, ésta deberá decretarse haciéndola coincidir con la conclusión de un período escolar definido, el bimestre, el trimestre o semestre, según se encuentre organizado el desarrollo del proceso educativo. En caso, deberá preavisarse al padre de familia o al estudiante o su representante legal, según sea el caso, con una antelación no inferior a quince días y poner a su disposición las certificaciones necesarias para un eventual traslado a otro centro educativo."

Por último, pero tal vez el peor de los abusos reglamentarios, es el que se ha establecido mediante el artículo 2 del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes, el cual, según se expresó con anterioridad, establece una limitación y desprotección del derecho a la educación con respecto a aquellas personas que no están inmersas dentro del sistema educativo. Regulación que, además de ser inconstitucional en cuanto a su contenido, también es contraria a la Constitución por la forma, al no respetar el principio de reserva de ley con respecto a la restricción de éste Derecho Fundamental.

#### a.1) El Consejo Superior de Educación y el Principio de Reserva de Ley

Según se dejó expresado con anterioridad, la no sujeción de la normativa sobre educación, al menos en cuanto a la regulación de algunos de sus aspectos, al principio de reserva de ley, ha encontrado su raíz en las funciones que en la práctica ha desarrollado el Consejo Superior de Educación, las cuales parecen haber excedido, en estos aspectos,<sup>18</sup> los límites impuestos por la Constitución y por su Ley Orgánica.

Para empezar, la Constitución Política (art. 80) indica que corresponderá a es-



te Consejo la dirección de la educación costarricense, no obstante, no aclara cuáles son los límites de sus funciones para lograr este objetivo. Situación que obliga a interpretar éstas dentro del contexto de nuestro ordenamiento jurídico y concluir, sin temor, que la función del mismo no puede, ni debe sustituir la función legislativa, sobre todo cuando ésta, por el tipo de materia que se regula, resulta indelegable. De ninguna forma, podría interpretarse que al Consejo Superior de Educación le corresponde legislar en materia de educación en sustitución del parlamento. Por el contrario, debe llegarse a la conclusión de que la regulación educativa, sobre todo con respecto a la regulación primaria del derecho a la educación, sea con relación a su contenido esencial, es función básica y exclusiva de la Asamblea Legislativa costarricense.

En el mismo sentido debe interpretarse el artículo 1 de la Ley Orgánica del Consejo Superior de Educación, el cual indica : "Créase el Consejo Superior de Educación Pública que tendrá a su cargo, desde el punto de vista técnico, la orientación y dirección de la enseñanza oficial". (el marcado no es original)

A pesar de tal conclusión, la práctica en esta materia, nos ha mostrado como, de alguna forma, la función legislativa en educación, le ha sido sustraída al parlamento para recargarse en manos del Consejo mencionado, quienes vía reglamentaria se han encargado de normar el sistema educativo. Situación que falsea el sistema desde que se deja en manos de unos pocos las decisiones en torno a cuestiones de trascendental importancia como, por ejemplo, las formas de acceder a la educación o de ser excluido de la misma.

No obstante esta práctica, debe reconocerse que la idea de creación de este órgano tenía mucho más que ver con la limitación de las funciones del Ministro de Educación con respecto a la toma de decisiones discrecionales, que con la de convertirse en el encargado de legislar en materia educativa. Es así como el Consejo es creado con la idea sustituir al Ministro, como órgano unipersonal, en la toma de decisiones con respecto al sistema educativo, por considerarse que éstas, debido a la trascendencia del tema, no pueden estar en manos de una sola persona. De esta forma, puede concluirse que el Consejo Superior de Educación fue pensado como una garantía de protección del Derecho a la Educación.

De hecho, podría indicarse que la idea de creación del Consejo parte de la premisa de que siempre resulta mucho más garantista para la protección de este derecho que las decisiones en torno al mismo sean tomadas por un cuerpo colegiado y no unipersonalmente. En consecuencia, siguiendo la misma premisa debería también concluirse que resulta más favorable para su protección que las decisiones sean tomadas por el órgano más representativo y con mayor participación de todos aquellos que componen el espectro de la sociedad e institucionalidad costarricense, es decir, por la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, alguien podría preguntar en qué afecta o ha afectado esta delegación antijurídica al sistema educativo, siendo difícil la respuesta en la práctica, puesto que, efectivamente, resulta difícil determinar si una decisión de unos pocos en detrimento de un cuerpo más representativo de los diferentes intereses sociales es realmente más o menos arbitraria, más o menos efectiva, más o menos garantista, etc., lo cierto es que por el sistema de pesos y contrapesos que rige nuestro Estado de Derecho resulta peligroso, independientemente de qué ello se vea reflejado en la práctica actual, encargar a un órgano no representativo las funciones de legislador, puesto que ello podría provocar grandes arbitrariedades.

De hecho, el fundamento del principio de reserva de ley surgió como una garantía para los ciudadanos (en el presente caso los estudiantes) en contra de las posibles arbitrariedades del rey o monarca, quien tomaba decisiones enteramente subjetivas que, en algunas ocasiones, ni siquiera atendían a un objetivo social, sino meramente individual. De ahí en adelante, se empezó a determinar que, para evitar este tipo de peligros, sería un órgano representativo de la sociedad el encargado de tomar ciertas determinaciones o regulaciones, sobre todo tratándose de derechos fundamentales de los ciudadanos. Experiencia ésta que refleja, precisamente, el peligro que podría generarse cuando se encarga a un órgano no representativo de legislar aspectos fundamentales como los mencionados.



#### a.2) Importancia de Participación de la Asamblea Legislativa en la Regulación General del Derecho a la Educación

El abordaje del tema del principio de reserva de ley como garantía de protección del derecho a la educación nos ha permitido rescatar la importancia de la participación de la Asamblea Legislativa (parlamento) en la protección de este derecho fundamental, es decir, la importancia de la regulación del mismo mediante ley ordinaria o parlamentaria.

En este sentido, cabe indicar que legislar es la función principal de este Poder de la República y, para corroborarlo, basta enunciar su nombre, el cual hace una clara alusión a la misma (Asamblea Legislativa). "Esta función es de carácter estrictamente normativo, pues consiste en la aprobación de disposiciones jurídicas con eficacia erga omnes, las cuáles sólo se encuentran subordinadas a la Constitución y a los tratados internacionales."<sup>19</sup>

Igualmente, parece importante citar el artículo 121 inciso 1) de la Constitución Política, el cual señala: "Además de las otras atribuciones que le confiere la Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 1) Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el artículo referente al Tribunal Supremo de Elecciones."

De esta forma y según se puede extraer de la transcripción realizada, la competencia legislativa de la Asamblea abarca lo referente a la regulación del derecho a la educación, no sólo por ser éste un campo vital de la vida social, como otros, necesitado de la misma, sino por cuanto, de no ser así, se habría realizado una salvedad similar a la de materia electoral, pero en favor del Consejo Superior de Educación. Sin embargo, ello no sucedió así.

En consecuencia, parece de indudable importancia que el parlamento retome esta función y, mediante una ley, regule los aspectos generales del sistema educativo y, en todo caso, delegue, preferiblemente de forma expresa, todas aquellas situaciones que puedan ser reguladas vía reglamento.

Lo anterior, deviene del hecho de que si bien esta función legislativa es un poder, también es un deber, con lo que se quiere indicar que no se trata de una facultad del legislador el regular o no el derecho a la educación, sino que es su obligación, es su deber, que en tanto tal, no puede ser delegado, aunque sea por omisión, en otro órgano.

Ahora bien, este poder-deber de legislar no es absolutamente discrecional, por el contrario, se encuentra limitado por el principio de razonabilidad de la ley,



el cual será abordado a continuación como otra de las garantías de protección del derecho a la educación.

#### b) Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad de la Ley

El principio de razonabilidad de la ley ha sido adoptado por las constituciones modernas con el objetivo de humanizar el principio de legalidad, es decir, con la introducción del primer principio el segundo transforma su contenido, llegándose a la conclusión de que ya no basta con la ley; "...es menester que el contenido de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes. De lo contrario, bastaría que la voluntad de los gobernantes se ocultara o disfrazara con el formalismo de la ley para que, mediante una ley, se pudiera mandar o prohibir cualquier conducta, por injusta que ella fuera."20.

De esta forma, la premisa que establecía que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que la no prohíbe, ha sufrido una profunda metamorfosis, aunque no lo parezca tanto, fijándose ahora en los siguientes términos: nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley justa y razonable no manda ni privado de lo que la ley justa y razonable no prohíbe..

Así lo ha referido nuestra Sala Constitucional en su voto No. 1739-92 de las 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992, al señalar, con respecto a los criterios generales del debido proceso en materia penal, lo siguiente: "Las normas y actos públicos, incluso privados, como requisito de validez constitucional...deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de las exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución. De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución -formal y material-, como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no solo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución, en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad"21.

En consecuencia, mediante la utilización del principio de razonabilidad, según se dijo, se ha racionalizado el principio de legalidad, determinándose, como se mencionó, que no es suficiente que la ley mande o prohíba algo, sino que lo mandado o prohibido sea justo y razonable.

Este principio ha sido extraído y traducido del derecho anglosajón, que establece el principio homólogo de due process of law o debido proceso a nivel sustantivo, el cual ha sido desarrollado por nuestra Sala Constitucional en el sentido expuesto.

La dificultad que presenta este principio constitucional es determinar su contenido, es decir, clarificar qué se entiende por razonable, sea ¿cuándo una ley resulta razonable y cuándo no?. La doctrina, para resolver esta pregunta, ha recurrido al principio de proporcionalidad indicando que la ley es razonable en cuanto el medio se encuentre adecuado al fin. Por ejemplo, podría parecer razonable, en un caso hipotético, que se establezca un límite mínimo de edad para que los niños ingresen a la educación primaria, pero no que se determine como requisito de ingreso medir, al menos, un metro estatura.

Tal principio encuentra fundamento constitucional no sólo en el artículo 39, sino también en el artículo 28 de la Constitución Política, que establece: "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley."

Realizando una relación entre este principio y la legislación o normativa que sobre educación se encuentra vigente en el país, podría llegarse a una sospecha suficientemente fundamentada de la posible existencia de normas irrazonables y desproporcionales.

Una de esas normas que pueden ser traídas a título de ejemplo es la que se encuentra regulada en los artículos 32 y 34 del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes<sup>22</sup>, los cuales estipulan que el estudiante que tenga la condición de reprobado en un curso o una materia, deberá repetir el curso lectivo en su totalidad, a pesar de haber aprobado ya las restantes materias. Al respecto, indican los citados artículos de forma expresa: "Artículo 32.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el estudiante de Educación General Básica que no alcance la calificación mínima de sesenta y cinco en el último período o el estudiante de Educación Diversificada que no alcance la calificación mínima de setenta en el último período, se tendrán por aplazados en la respectiva asignatura, independientemente del valor del promedio anual obtenido en ella." "Artículo 34.- El estudiante que fuere aplazado en más de tres asignaturas tendrá la condición de reprobado, debiendo repetir el respectivo año escolar. Para estos efectos, la conducta se considera como una asignatura." (el marcado no es original)

Los anteriores artículos, deben correlacionarse con el artículo 37 del mismo cuerpo legal, que, en lo que interesa y con respecto a las convocatorias, indica: "Los estudiante que no alcancen la calificación mínima señalada, así como aquellos que no concurren a las convocatorias sin causa justificada, se tendrán por reprobados." (el marcado no es original)

De esta forma, tal consecuencia resuelta por nuestra legislación, pareciera no ser razonable ni proporcional, puesto que justifica la obligación del estudiante de tener que repetir todo un curso lectivo (todas las materias), a pesar de que, en el mejor de los casos, sólo hubiese reprobado una materia. Cuando, en realidad, los efectos razonables y proporcionales de la pérdida de una materia debería ser la repetición la misma y, en consecuencia, no poder llevar los cursos que, en años subsiguientes, tengan a ésta como requisito.



Además de lo mencionado, pareciera también injusto que un adolescente o, en general, cualquier estudiante tuviera que repetir una materia que ha aprobado hasta con honores, por el sólo hecho de haber reprobado otra que le era radicalmente ajena e independiente. Por tanto, siendo la justicia otro de los parámetros del principio de razonabilidad de la ley, la misma resultaría, también por este motivo, no razonable.

En consecuencia, si la evaluación tiene como objetivo fijar un parámetro a partir del cual se considera que un estudiante tiene los conocimientos suficientes como para proseguir con su aprendizaje en una rama o materia determinada, debería llegarse a la conclusión de que todo estudiante que sobrepase esos parámetros debería aprobar la materia concreta, independientemente de la aprobación o no de las otras materias cursadas. Esta forma de promoción parece encontrarse más adecuada al fin perseguido, es decir, parece más proporcional.



Pasando a otro punto, conviene indicar que también se ha considerado, por la Sala Constitucional, como no razonable aquellas normas que establecen faltas y sanciones disciplinarias que facultan al sistema a imponer una doble sanción: por un lado, la suspensión y, por el otro, el rebajo de puntos de la nota de conducta. Al respecto, se indica: "V).- Por último, a la Sala le parece que es también inconstitucional, por desproporcionado, el sistema de doble sanción que implica la suspensión de asistir regularmente a clases y el rebajo o disminución de la nota en conducta por cada lección perdida. Esto implica una doble sanción y además, resulta excesivo. En efecto, la sanción en sí no puede implicar, automáticamente, la pérdida del derecho de realizar las pruebas y exámenes ordinarios y extraordinarios, ni como en el caso concreto, perder el derecho a la reposición de la prueba, derecho que se le negó a la estudiante en una clara discriminación..."<sup>23</sup>



A pesar de dicha resolución, el nuevo reglamento de evaluación de los aprendizajes, en sus artículos 75, 79, 80 y 81, establece esa posibilidad, al fijar por un lado las sanciones que corresponden por una determinada falta y, por otro, la posibilidad rebajar puntos de la nota de conducta cuando se cometa una falta disciplinaria.

La conclusión, al hacer notar este tipo de situaciones, es que el sistema educativo costarricense en muchas ocasiones sacrifica la justicia en beneficio del orden administrativo, lo cual no debe ser permitido si para ello se utilizan normas irrazonables y desproporcionadas, que resultan arbitrarias y contrarias a nuestro ordenamiento constitucional. Parece importante, por ende, variar la perspectiva con respecto a este punto.

#### C.- DERECHO A LA IGUALDAD Y A NO SER DISCRIMINADO

El derecho a la igualdad establecido por nuestra Constitución Política y por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño pretende proteger al adolescente en su esencia, respetando no sólo las mismas condiciones que son respetadas a todo ser humano en virtud de ser tal, sino también sus diferencias y su individualidad con respecto a los demás, sea respetando sus creencias, religión, ideología, raza, condiciones socio-económicas, etc., así como su especial condición de persona adolescente<sup>24</sup>.

Sobre el contenido de este principio, nuestra Sala Constitucional, mediante voto 7182-94, ha expresado: "El principio de igualdad... hace que todos los hombres<sup>25</sup> deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esen-

cialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. En cambio deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea substancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los ciudadanos.”.

Ahora bien, siendo éste un principio constitucional, el mismo debe ser respetado por la ley ordinaria y, con mayor razón, por la ley reglamentaria, determinándose que éstas para encontrarse apegadas a la Constitución Política no deben promover prácticas discriminatorias ni contrarias a este principio.

No obstante, haciendo un breve análisis de la legislación sobre educación, podemos encontrar algunas situaciones que, sea por acción u omisión, provocan una discriminación para cierto grupo de estudiantes o bien para la totalidad.

En primer lugar, debe abordarse el tema de las necesarias diferencias que deben realizarse entre los adolescentes, sea aquéllos que se encuentran en el tercer ciclo de la educación general básica y en educación diversificada, y cualquier otro cliente del sistema educativo, por ejemplo los adultos. Lo anterior, encuentra fundamento en lo estipulado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en cuanto a la necesidad de respetar el hecho de que éstas personas se encuentran en una especial condición de desarrollo.

Sin embargo, no es suficiente valorar las diferencias entre adolescentes y adultos a la hora de tomar decisiones y de legislar en materia educativa, también resulta necesario que se les reconozca sus diferencias con respecto de los niños, sea de las personas menores de doce años.

El respeto de las mismas por parte del sistema educativo resulta de trascendental importancia no sólo para el buen funcionamiento del sistema, sino también para garantizar el respeto de su igualdad, entendida como respeto de sus diferencias. Ello, por cuanto, debe tenerse la convicción de que, con respecto a los niños, por ejemplo, los adolescentes han adquirido un mayor margen de autodeterminación, lo cual podría implicar la necesidad de éstos de participar<sup>26</sup> más activamente en la toma de decisiones y, en general, en toda la actividad del sistema educativo. En este sentido, cabe hacer referencia al concepto de autonomía progresiva, según la cual “La Convención postula una nueva forma de ver al niño : un sujeto que necesita y que adquiere, progresivamente, un mayor grado de autonomía...”<sup>27</sup> para ejercer los derechos por sí mismo y directamente.

Como éstas, también se podrían extraer otra serie de diferencias esenciales, no triviales, que deben ser reconocidas y expresadas en los textos legales que regulan el tema. No obstante, ello no sucede, y, por el contrario, la participación del adolescente, sólo para continuar con el ejemplo citado, en la toma de decisiones del sistema educativo y que le atañen directamente es tanta, según se verá en el apartado siguiente, como la que poseen los niños, lo que nos ejemplifica el respeto/irrespeto de esas diferencias.

Situación que tal vez encuentre explicación en el hecho de que la adolescencia ha sido una de las etapas socialmente, incluyendo aquí a la legislación, más obviadas de la vida, que es confundida tanto con la adultez como con la niñez, considerando al adolescente en algunas ocasiones y para algunas situaciones niño y en y para otras adulto, lo cual no debe ser nunca un ideal. Al contrario, ese



ideal debe encontrarse en el respeto de la identidad propia de los adolescentes, lo que tiene también mucho que ver con el respeto de la dignidad de un ser humano distinto.

Pasando a otro tema dentro del mismo principio de igualdad, cabe expresar que también se hecha de menos en la legislación que regula el sistema educativo costarricense la valoración de las diferencias que pueden presentarse entre los distintos estudiantes adolescentes, sobre todo, cuando éstas resultan relevantes para su desarrollo educativo. Ejemplos de esas diferencias obviadas por el sistema y la legislación educativa existen muchas, entre ellos el tratamiento indiferenciado que reciben adolescentes con características totalmente disímiles, sea porque son hiperactivos, con dificultades de aprendizaje o porque poseen algún tipo de padecimiento físico.



Al no brindar solución eficaz a estos aspectos diferenciadores de los estudiantes, el sistema incumple también con el principio de igualdad, en su otra cara, sea el del respeto de las diferencias. Por lo que no debe caber duda de que nuestro ordenamiento constitucional promueve la idea de crear oportunidades que permitan facilitar el acceso a la educación a todos, pero respetando las características personales de cada ser humano, situación que, según se dijo, indudablemente favorece el respeto del principio de igualdad y, por qué no, de la dignidad humana.

Esta indiferencia de la legislación educativa puede ser traducida en forma de preguntas, entre las que se pueden citar algunas : ¿Deben ser las formas de evaluación, no los contenidos de la misma o de los conocimientos, indiferenciados para todos los estudiantes ?, ¿Será conveniente que la metodología utilizada para impartir enseñanza sea prácticamente única ?, ¿este irrespeto de las diferencias influirá en la deserción escolar ? y hasta ¿Debe la infraestructura de los colegios ser indiferente a las diferencias ?.

En consecuencia, en protección y respeto del principio constitucional de igualdad y no discriminación, la legislación educativa costarricense debe o, al menos debería, regular y valorar las diferencias de los estudiantes, planteando metodologías, programas, edificaciones, etc. que se adapten a las mismas. Sólo así se podría concluir que la educación es efectivamente universal.

En respaldo de lo mencionado, corresponde citar el artículo 1 de la Ley Fundamental de Educación, en el cual se expresa : "Todo habitante de la República tiene derecho a la educación y el Estado la obligación de procurar ofrecerla en la forma más amplia y adecuada." (marcado no original). De esta forma, cuando el citado artículo hace referencia a dicha obligación, está estableciendo pautas generales para universalizar el acceso a la educación, lo que implica, indudablemente, la creación de variables u oportunidades diversas, porque probablemente sólo en esa diversidad pueda encontrarse una verdadera universalidad y, por ende, una real igualdad.

En este sentido, debe resaltarse el gran avance que se ha logrado dar a nivel legislativo y en protección de este principio al aprobar la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, la cual, a grandes rasgos, permite brindar iguales oportunidades, en este caso para desarrollarse educativamente. No obstante, resulta necesario indicar que tal regulación debe ser traducida en políticas sociales claras y que reflejen en la realidad el respeto por esta normativa.

Por otro lado y continuando con el respeto del derecho a la igualdad, debe indicarse que éste no sólo involucra su respecto por parte de la enseñanza pública, sino también de la privada, la cual, como resulta obvio, no puede establecer límites discriminatorios para su ingreso, tratando de favorecer a un grupo determinado de niños y adolescentes, por cuanto tales instituciones también cumplen un fin público.

Al respecto ya se ha pronunciado nuestra Sala Constitucional, al indicar, en su voto de las quince horas dieciocho minutos del veinte de marzo de mil novecientos noventa y uno, lo siguiente : "Lo propio sucede con discriminaciones por razón de raza, credo político o posición social, materias que se imponen como limitación al ideario. En conclusión, los centros educativos privados pueden tener su propio ideario, sin que el mismo se imponga como una razón de discriminación al ingreso o permanencia en el mismo.- Si en el caso de examen, el Colegio ha establecido prioridad en el tiempo a los alumnos o familias del credo evangélico o metodista, en su proceso de admisión, éste por sí mismo, es un criterio discriminatorio por razón de religión lo que contraviene el artículo 36 de la Ley Fundamental de Educación, artículo 4 inciso h) Ley 1362, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 33 y 75 de la Constitución Política, debiendo declararse con lugar en este extremo el recurso interpuesto."

Por último, conviene mencionar el artículo 14 inc. c) de la Ley Fundamental de Educación : "La Enseñanza Media comprende el conjunto de estructuras o modalidades destinadas a atender las necesidades educativas tanto generales como vocacionales de los adolescentes, y tiene por finalidades : c) Afirmar una concepción del mundo y de la vida inspirada en los ideales de la cultura universal y en los principios cristianos." (marcado no es original).

Al hacer alusión a los principios cristianos como parámetro para fijar o enseñar al estudiante una concepción del mundo y de la vida, de alguna forma se está discriminando a aquellos niños y adolescente que no creen en esos principios o no provienen de familias de creencias cristianas, por lo que es menester concluir que si bien éste no es un límite de ingreso a determinado centro educativo, si condiciona el mismo o la permanencia en el centro, al tener el niño y adolescente que, forzosamente, soportar una perspectiva de la vida parcializada por creencias y dogmas no compartidos. En este sentido, parece importante arribar a la conclusión de que la educación debe ser brindada e impartida de la forma más neutral posible, por lo que no cabría, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, establecer parámetros como el mencionado sin que ellos rocen la Constitución.

#### D.- "DEL MENOR AL CIUDADANO" : EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DENTRO DEL SISTEMA EDUCATIVO COSTARRICENSE

Explorar el tema de la democracia participativa y su relación con los niños y adolescentes es un asunto en realidad complejo, dado el reconocido autoritarismo que ha marcado la relación de éstos con los adultos y la consideración tradicional del niño y adolescente como no persona, como objeto de tutela jurídica y no como sujeto de derechos, relación que ha logrado invadir el sistema educativo costarricense, convirtiéndose en parte integrante y primordial del curriculum oculto de la enseñanza que él imparte.



Es así como, la falta de discusión de los programas de enseñanza, de los métodos de evaluación, de las normas disciplinarias, etc. con los estudiantes, de alguna forma está enseñando a éstos a interiorizar (mediante el currículum oculto) su posición de subordinación - sumisión frente al adulto, cuyas decisiones deben respetarse por ser verdaderas persé y, en virtud de ello, no sujetas al cuestionamiento de los estudiantes, a pesar de que, por lo general, ellos son los destinatarios, beneficiarios o no, de esas decisiones. De hecho, alguien podría concluir que éste es uno de los temas mejor enseñados y, lo que es peor aún, mejor aprendidos por los estudiantes dentro de su formación educativa.



En consecuencia, en un sistema como éste, donde la participación estudiantil (en la educación general básica y diversificada) en la toma de decisiones relevantes resulta impensable, en donde no sólo se procura la interiorización de la propia incapacidad de participación, sino que, con ello, se fomenta la irresponsabilidad, no se puede partir más que de un presupuesto de autoritarismo, ya expuesto por la doctrina de la situación irregular y muy arraigado culturalmente en una sociedad claramente adulto-centrizada. Se trata de una exclusión, de hecho y de derecho, del ejercicio de la ciudadanía, es decir, los niños y adolescentes "...no son parte contratante del pacto, no tienen ni la facultad, ni la obligación natural de serlo. (...) Los niños pueden encontrar protección en el estado civil, producto del pacto social, pero no forman parte de él."



No obstante ello, cabe resaltar que la normativa sobre educación ha dejado expuesto de forma expresa y reiterada la utilización del principio democrático como principio rector del sistema educativo, del cual se puede extraer los derechos de participación y expresión de los estudiantes en la toma de decisiones. De esta forma, por ejemplo, expone el artículo 10 de Ley Fundamental de Educación : "Todas las actividades educativas deberán realizarse en un ambiente democrático, de respeto mutuo y de responsabilidad." (el marcado no es original)

En el mismo sentido, los incisos c) y f) del artículo 13 de la misma ley indican : "La educación primaria tiene por finalidades : c) Favorecer el desarrollo de una sana convivencia social, el cultivo de la voluntad de bien común, la formación del ciudadano y la afirmación del sentido democrático de la vida costarricense ; f) Capacitar, de acuerdo con los principios democráticos, para una justa, solidaria y elevada vida familiar y cívica..." (el marcado no es original)

Por último, el artículo 3 del mismo cuerpo legal señala : "Para el cumplimiento de los fines expresados, la escuela costarricense procurará : c) La afirmación de una vida familiar digna, según las tradiciones cristianas, y de los valores cívicos propios de una democracia." (el marcado no es original)

A pesar de toda esta normativa, cabe preguntarse si realmente los estudiantes costarricenses (niños y adolescentes) son considerados sujetos activos de esa relación democrática que se pretende enseñar, o si, por el contrario, como parece ser en la realidad, ese es un objetivo que únicamente pretende ser enseñado magistralmente durante el proceso educativo para ser ejercido cuando ellos hayan adquirido la mayoría de edad, generando y promoviendo, de esa forma, la conocida democracia exclusiva de la niñez y adolescencia, que, indudablemente, entre más exclusiva menos democrática. En todo caso, probablemente con esta exclusión se esté enseñando a los estudiantes, mediante el currículum oculto, a marginar, a excluir de la vida democrática a ciertos sectores de la población, lo que influirá fuertemente y, tal vez negativamente, en la gestación de una democracia

realmente inclusiva hacia futuro.

Este aspecto, sea la consideración de los niños y adolescentes como sujetos de relaciones democráticas, posee una importancia trascendental en las decisiones que sobre políticas educativas determinen los órganos encargados, situación que ya ha sido aludida de alguna forma por Alessandro Barata al indicar : “El contexto democrático de las políticas públicas de protección de los derechos de los niños adquiere un sentido y una relevancia diferente, por un lado, si los niños son o no son considerados parte integrante en las relaciones de democracia y, por el otro, según como sean entendidas las relaciones entre los niños y los adultos.”<sup>29</sup>



Todo lo mencionado, genera una polémica que ha sido obviada por nuestra legislación, sea la necesaria participación de los niños y adolescentes, estudiantes, en la toma de decisiones relevantes dentro del sistema educativo. Discusión que debe ser resuelta siempre tomando como punto de partida el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño, el cual establece : “Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y la madurez del niño.”.

Artículo este que impulsa la irrefutable idea de que “la democracia es buena para los niños”, así como de su viceversa, es decir, de que “los niños son buenos para la democracia”<sup>30</sup>. En consecuencia, partiendo de una interpretación global de la Convención, este artículo nos puede arrojar como resultado la necesidad de participación de los niños y adolescentes en la toma de decisiones que los pueden llegar a afectar y, en general, en el dictado de políticas públicas atinentes a sus intereses.

Es así como el artículo 12 de la Convención debe ser interpretado, según Alessandro Barata, a la luz del tercer párrafo del preámbulo de dicho instrumento legal internacional, ampliando el uso de la libertad del campo privado al campo público, lo cual conlleva a concluir que el derecho del niño de hacerse un juicio propio y de expresarse conlleva el deber simétrico de los adultos (de todos, no solamente de los que tienen alguna responsabilidad con el niño) a escucharlo. De la misma forma, cuando se hace alusión a “los asuntos que afectan al niño”, debe entenderse que prácticamente todos los asuntos en los que intervienen los adultos en la toma de decisiones pueden afectar directa o indirectamente los intereses del niño, por lo que la posibilidad de obviar su opinión debe ser la excepción.



En conclusión, este derecho, con su debida interpretación, tal vez ejemplifica la principal reivindicación de los niños y adolescentes, que, saliendo del oscuro panorama que los tachaba de incapaces de expresar opiniones y de participar en la toma de decisiones, justificando así una perspectiva marioneta, de la que aún se padece una resaca generalizada, pasan a ser considerados sujetos, ciudadanos, con todos los derechos que son inherentes a la persona humana, incluido este derecho de expresión y participación.



“Pero este deber no se puede reducir a la pura libertad del niño a expresar su experiencia a los otros niños y a los adultos, sino que significa en concreto, el deber del adulto de aprender de los niños, es decir, de penetrar cuando sea posible al interior de la perspectiva de los niños, a medir a través de ello la validez de sus propias (del adulto) opiniones y actitudes y estar dispuesto a modificarlas.”<sup>31</sup>

Igualmente, este derecho establecido por la Convención puede ser derivado, según se dijo, del principio democrático establecido por el artículo 1 de nuestra Constitución Política, del cual se podría extraer que siempre que se vayan a tomar decisiones que puedan afectar los intereses de un grupo determinado de ciudadanos, éstos deben al menos tener la posibilidad de ser escuchados, cuando no de formar parte del órgano encargado de tomar la decisión, sea mediante una representación.



Ahora bien, retomando el tema concreto con respecto al sistema educativo costarricense e intentando verificar el cumplimiento o no de este principio constitucional por parte de la legislación encargada de regular la materia, se debe arribar a las conclusiones que se expresarán a continuación. Los estudiantes costarricenses son, sin discusión, no sólo interesados directos sino destinatarios de todas las decisiones que se tomen con respecto al sistema educativo, por lo que no cabe polemizar sobre si el tema es un asunto de su interés o no, puesto que existe claridad de que lo es.

Teniendo presente lo anterior, puede afirmarse que la fijación de este derecho de participación y expresión como fundamental y de rango constitucional, genera un correlativo deber por parte de las autoridades del Estado costarricense de facilitar los mecanismos mediante los cuales los adolescentes podrán participar en la toma de esas decisiones que los pueden afectar, en este caso las relacionadas con el sistema educativo.



Por ende, realizando un repaso de la legislación educativa costarricense, debe indicarse que, a pesar del nivel constitucional del derecho de participación y, por tanto, del deber del Estado de respetar el mismo, dicha legislación ha obviado la participación de los estudiantes en los diferentes entes decisores que componen el sistema, sea este el Consejo Superior de Educación, los Consejos de Profesores, etc., violentándose, de esa forma, el mencionado derecho constitucional, manteniendo el sistema prácticas marcadamente autoritarias en la toma de esas decisiones.

En cuanto al primero de los órganos mencionados, para citar sólo un ejemplo, el artículo 2 de la Ley de Creación del Consejo Superior de Educación establece que el mismo se encuentra conformado por el Ministro de Educación, dos ex ministros o ex secretarios del Ministerio de Educación, un representante de la Universidad, un representante de la enseñanza normal y secundaria, un representante de la enseñanza primaria y un representante de las asociaciones de educadores, de donde se extrae que no existe una representación estudiantil, a pesar de que puede llegarse a la conclusión de que una gran cantidad de estudiantes se encuentran en la posibilidad de formarse un juicio propio de los temas que ahí se abordan.

De la misma forma, es omisa dicha Ley al establecer mecanismos que permitan a los principales interesados en las decisiones que ahí se toman, sea los estudiantes, ser escuchados, y sus argumentos valorados, de previo a la determinación de las mismas. Situación que violenta el derecho fundamental alegado en este apartado y el principio democrático.

Es por ello que resulta conveniente crear esos espacios de discusión con los mismos estudiantes a efecto de que éstos tengan plena participación, como inte-

resados y afectados directos, en las determinaciones de este Consejo. En este sentido, no parece difícil imaginarse algunas soluciones, por ejemplo, dar audiencia general pública a todos los estudiantes para que, de estar interesados, en un determinado tiempo y antes de tomar la decisión concreta expresen ante el Consejo todas sus inquietudes, molestias, recomendaciones, etc. Sin embargo, no obstante ese ejemplo, parecen importar poco las formas o los métodos que se utilice para efectivizar este derecho, lo importante es que su protección se torne efectiva.



Contrario a lo establecido por la legislación citada, el artículo 7 del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes si establece la posibilidad de participación del educando en el proceso de evaluación, situación que resulta de enorme importancia resaltar. Al respecto, el mencionado artículo indica: "El proceso de evaluación de los aprendizajes de los estudiantes, que incluye la evaluación de la conducta, implica la participación y colaboración, según lo señale este reglamento, de: a) El director de la respectiva institución, b) Los docentes, c) El Comité de Evaluación de la institución, d) El orientador de la institución, si lo hubiere, e) El coordinador de la institución o de nivel, según corresponda, f) La directiva estudiantil de la respectiva sección, g) Los estudiantes y h) Los padres de familia o encargados del estudiante." (el marcado no es original) Corresponde, únicamente, verificar si ello está o no siendo respetado en la práctica.

#### E.- EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO ESTUDIANTIL : EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE DEBIDO PROCESO

Los procesos judiciales y administrativos modernos, incluido aquí el disciplinario, han tendido cada vez más a proteger al individuo sospechoso o acusado de haber cometido una falta disciplinaria o un delito frente al eventual uso arbitrario del poder represivo del Estado o, en concreto, de una institución determinada, procurando establecer y fortalecer, con miras a tal objetivo, ciertas garantías y reglas fundamentales que aseguren a todas las partes del proceso un "juego limpio" (fair trial).

Sin embargo, debe señalarse que esta tendencia se torna mucho más complicada al tratar el tema de los adolescentes y su disciplina, el cual, conviene indicar, se ha encontrado muy matizado por la percepción autoritaria del adulto, quien históricamente se ha sentido en una posición de dominación frente a los niños y adolescentes. Lo cual ha provocado que el derecho, como instrumento de la convivencia social, sea percibido, con respecto a ellos, no como un límite impuesto a ese poder de dominación, sino como un instrumento coadyuvante en el ejercicio del mismo.

En consecuencia, el derecho de los niños y adolescentes tradicionalmente ha limitado poco o nada el ejercicio del poder coercitivo del Estado, por el contrario, ha legitimado una intervención excesiva y el sometimiento de éstos a un estricto control social que convierte en pecados, delitos y faltas disciplinarias prácticamente cualquier conducta desarrollada por los adolescentes.

Por ende, puede afirmarse que, como instrumento de ese excesivo control o dominio, el castigo, la represión, ha jugado un papel formidable, así, todo aquello que incomoda, que dificulta la vida cotidiana de un mundo claramente adultocentrista, debe ser castigado, nunca aceptado, a pesar de ser, tal vez, una simple expresión de personalidad adolescente.



Ante este panorama, puede llegarse a la conclusión de que la formación y educación de los adolescentes se produce dentro de un marco claramente caracterizado por el castigo y siempre desde una perspectiva de los deberes, mucho más que de los derechos. Así, el adolescente no sólo se interioriza a sí mismo como objeto de castigo, sino que aprende, mediante el currículum oculto, a percibir su vida como una simple reacción frente a la amenaza de castigo o represión. Igualmente, aprende a castigar a sus semejante y a aprovecharse, para ello, de cualquier ventaja que tenga sobre otra persona o grupo de personas. Enseña, en general, prácticas autoritarias.



En concreto, parece importante señalar que la relación expuesta ha influido claramente la legislación educativa y, sobre manera, el nuevo Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes, el cual, en su esencia, es un instrumento de represión y, muy excepcionalmente, uno que asegura y protege derechos. Así, gran parte de dicho cuerpo legal, lo conforman regulaciones sobre los deberes, el concepto, la asistencia, la conducta y las faltas disciplinarias, todas con señalamiento de las correspondientes consecuencias ante su incumplimiento.

Teniendo en cuenta esta perspectiva, debe adelantarse que, en muchas ocasiones, una percepción como ésta, claramente tendiente hacia el mundo de los deberes, distorsiona la protección de los derechos y garantías correspondientes a toda persona humana, en cuenta a los adolescentes. Por ello, a continuación serán abordadas, en el contexto de la disciplina estudiantil establecida por el reglamento supra citado, dos garantías fundamentales de los regímenes disciplinarios, que tienen como claro objetivo imponer límites a la actividad represiva: el principio de legalidad, que es una garantía a nivel sustantivo, y el principio del debido proceso, desde una perspectiva eminentemente procesal.



a) Los Principios de Legalidad y Tipicidad en el Establecimiento de las Faltas y las Sanciones Disciplinarias (*nullum crimen sine lege* y *nullum poena sine lege*)

Una de las principales garantías de los regímenes y sistemas sancionatorios lo constituye el denominado principio de legalidad, del cual deviene el de tipicidad, que pretende garantizar que ninguna persona sea procesada o sancionada si no ha cometido una falta disciplinaria establecida así por una ley anterior al hecho que se pretende sancionar. Principio que, en resumen, puede ser expuesto, en su traducción literal, como no hay crimen ni pena sin una ley previa que así lo determine.

Este principio que ha sido ampliamente desarrollado por el derecho penal y procesal penal también debe considerarse como una garantía dentro de los procesos disciplinarios, incluidos los estudiantiles, puesto que sólo de esa forma se podrán evitar arbitrariedades y desigualdades. Es decir, sólo si de previo los estudiantes conocen qué conductas se encuentran prohibidas, podrá reprochárseles su adecuación o no a ellas e, igualmente, sólo de esa manera se podrá evitar que se consideren como faltas disciplinarias conductas que cometidas por un determinado estudiante no lo sean, en tanto cometidas por otro sí (desigualdades).

En este sentido, las faltas disciplinarias deben cumplir con requisitos similares a los delitos, de forma que el ordenamiento jurídico procure disminuir al máximo los niveles de discrecionalidad tanto al momento de la determinación de la responsabilidad como al de la imposición de la correspondiente sanción.

Por ende, parece inaceptable, desde un punto de vista jurídico-constitucional

que, al tipificarse las faltas disciplinarias, los artículos 76 inc. j), 77 inc. i) y 78 inc. k) del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes dejen abierta la posibilidad para que el Consejo de Profesores o la Reunión de Maestros fijen otras faltas que no se encuentren establecidas por este reglamento, puesto que ello no sólo fomenta la discrecionalidad y la arbitrariedad sino que resulta contrario al principio constitucional de legalidad.

Lo anterior, resulta aún más obvio si se tiene presente que las faltas graves y muy graves pueden conllevar la interrupción del ciclo educativo y por ende restringir o limitar el derecho a la educación de los estudiantes (arts. 80 y 81 del mismo reglamento). De todos modos, según se mencionó en su momento, estos aspectos que pueden llegar a provocar una restricción del derecho a la educación deben ser considerados reserva de ley y, por tanto, no podrían ser concebidos vía reglamento y, mucho menos, vía acuerdo del Consejo de Profesores.

De conformidad con lo dicho, debe concluirse que el listado de faltas disciplinarias en que puede incurrir un estudiante debe encontrarse en su totalidad establecido de previo por la legislación educativa, de forma que éste constituya un número cerrado, *numerus clausus*, no resultando válido la delegación de dicha tipificación en los órganos encargados de decidir si se ha o no cometido una falta disciplinaria.

Igualmente, parece no estar acorde con el principio de legalidad el establecimiento de faltas o tipos abiertos que resultan indeterminados debido a la utilización de frases excesivamente amplias o generales, las cuales por no describir una conducta en concreto dejan también en manos del órgano disciplinario o sancionador el poder de individualizar la conducta prohibida.<sup>32</sup> Manteniendo la autoridad, de esta forma, un gran poder discrecional que, necesariamente, resulta contrario a la seguridad jurídica y a las garantías de los estudiantes.

Situación que provoca la permanencia del proceso disciplinario en un ámbito meramente subjetivo, creando una absoluta dependencia entre el régimen disciplinario y los encargados de aplicarlo o, lo que es aún peor, de su estado de ánimo. Manteniéndose el peligro de que en un determinado momento o ante determinado estudiante el Consejo de Profesores considere una determinada conducta como una falta disciplinaria, mientras en otro momento o ante otro estudiante la misma conducta no sea considerada así.

Por ello, no puede resultar acorde con el principio de legalidad constitucional que el artículo 76 incs. c) y g) establezca como faltas disciplinarias la presentación personal indebida y el empleo de vocabulario vulgar o soez respectivamente, así como tampoco lo podrían ser los incisos d) y g) del artículo 77 que proponen, como falta disciplinaria grave, el uso reiterado de un lenguaje o un trato irrespetuoso con los demás miembros del sistema educativo y la escenificación pública de conductas contrarias a la moral pública o las buenas costumbres, puesto que, en ninguna de ellas se enuncia con claridad cual es la conducta prohibida y sancionada disciplinariamente, dejando en manos del aplicador de la disciplina la interpretación de cuándo la presentación personal es indebida, el vocabulario es vulgar o el lenguaje es irrespetuoso, e, igualmente, cuando se contraviene la moral pública o las buenas costumbres.

En conclusión, tal ambigüedad ejemplificada no podría ser admitida en un ordenamiento jurídico que igualmente promulga la protección de la seguridad jurí-



dica, las disminución de la discrecionalidad y el establecimiento de un sistema de responsabilidad.

#### b) El Respeto del Principio del Debido Proceso en el Proceso Disciplinario Estudiantil

El principio o derecho a un debido proceso constituye un pilar de trascendental importancia dentro de un Estado de Derecho, por lo que de su respeto depende la validez y legitimidad del uso del poder represivo por parte del Estado. Así lo ha entendido el ordenamiento jurídico costarricense al asignarle un rango constitucional al mismo.

Lo anterior, por cuanto es en este principio en donde se engloban todas las garantías procesales que deben ser respetadas al individuo sometido a un proceso, como consecuencia del respeto de su dignidad. Es así como, dentro del contenido de este principio, pueden individualizarse, entre otros, la necesidad de un juicio previo, los principios de culpabilidad, defensa, presunción de inocencia, etc.

Teniendo presente este contenido, podría decirse, en consecuencia, que el principio del debido proceso tiene por objetivo lograr una mejor síntesis entre dos tendencias presentes en todo proceso disciplinario o penal: el eficientismo en el desarrollo del poder coercitivo, es decir, la eficiencia en el castigo, por un lado; y, por otro, las garantías individuales como fiel reflejo del respeto de la libertad y de la dignidad del ser humano.

Este principio también, al igual que el de legalidad, se encuentra, aunque implícitamente, contenido en el artículo 39 de la Constitución Política, el cual establece: "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por la ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa mediante la necesaria demostración de culpabilidad."

A continuación se tratarán de abordar algunas de esas garantías integrantes del debido proceso, con el objetivo de establecer una comparación con el procedimiento establecido en el Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes y verificar su respeto. Entre las que serán abordadas se encuentran la necesidad de un juicio previo, el derecho de defensa, la prohibición de sanción múltiple, la imparcialidad de las personas encargadas de tomar la decisión sobre el caso concreto y el derecho de impugnación o doble instancia.

#### b.1) El Principio de Prohibición de Sanción Múltiple (non bis in idem) y el Régimen Disciplinario Estudiantil

El artículo 42 de la Constitución Política costarricense establece, con claridad, que "Nadie podrá ser juzgado más de un vez por el mismo hecho punible.", con lo cual se consagra el principio de única persecución como de rango constitucional, por lo que debe considerarse contrario a la Constitución cualquier intento de juzgar doblemente a una persona, cualquiera que ésta sea.

El problema principal con respecto a este principio constitucional, que, de paso, también encuentra amparo en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>33</sup>, lo constituye la determinación de lo que se considera como hecho punible y, en este sentido, nuestra Sala Constitucional ha establecido lo siguiente: "La forma lingüística "hecho punible" que utiliza el artículo 42 de la Constitución, debe entenderse en forma expansiva, para cobijar a cualquier in-



fracción por la que resulte responsabilidad del infractor y no limitada al ilícito penal”.

Por tanto, parece indudable que deben ser consideradas como hecho punible las faltas disciplinarias establecidas por el Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes, puesto que de su comisión podría resultar la imposición de una sanción. Situación que deja en evidencia la vigencia de este principio constitucional a nivel del régimen disciplinario estudiantil, lo cual parece, también, incuestionable.



Teniendo ello presente, no debe admitirse que el reglamento citado establezca, expresamente, la posibilidad de sancionar doblemente a un estudiante, tal como lo hace. Lo anterior, de acuerdo con lo que se puede extraer de la conjugación de los artículos 75, 79, 80 y 81 del citado cuerpo legal.

Por un lado, el primero de los artículos señala que “Las faltas en que incurran los estudiantes de cualquiera de los niveles, ramas y modalidades del sistema educativo formal, tendrán consecuencias en el proceso de definición de la nota de conducta de cada periodo, de la siguiente forma :

- a. cada falta leve implicará un rebajo de uno de diez puntos del total.
- b. cada falta grave implicará un rebajo de 11 a 25 puntos del total.
- c. cada falta muy grave implicará un rebajo de 26 a 50 puntos del total”.

Por el otro, los restantes artículos son encabezados con el siguiente párrafo : “Los alumnos que asumieren conductas tipificadas como faltas... serán objeto de cualesquiera de las siguientes acciones correctivas, además de los estipulado en el artículo 75 de este reglamento”.

En consecuencia, según los artículos mencionados, cuando un estudiante, por ejemplo, comete una falta grave no sólo podría ser sancionado con una acción correctiva que, de paso, podría llegar hasta la interrupción del proceso educativo por un periodo máximo de quince días naturales (art. 80 inc. f) del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes), sino también se le podría disminuir su nota de conducta hasta en 25 puntos (art. 75 inc. b) del mismo reglamento).



Sanciones que, vale decir, son impuestas por órganos diferentes y en momentos diferentes. La disminución de la nota de conducta es realizada al final de cada uno de los periodos que comprende el año lectivo y está a cargo de profesor guía (80%) y de la directiva de sección (20%)<sup>34</sup>. En tanto, la acción correctiva es impuesta inmediatamente después de cometida la falta y resuelto el proceso respectivo, decisión tomada, al menos en los casos de las faltas graves y muy graves, por el director de la institución y el profesor guía.



Tal situación, que parece ser también un problema de ley irrazonable, según se indicó en su momento, tiene repercusiones dentro del debido proceso, en su nivel procesal, puesto que estas sanciones son producto de dos procedimientos diferentes y resueltas por dos órganos distintos, situación que indudablemente afecta el principio de única persecución.

En este sentido, ya nuestro tribunal constitucional, en voto 5557-94 (12 :15hrs del 23-9-94), se ha pronunciado, indicando : “...fue doblemente sancionada, pues primero se le castigó con una nota de sesenta y cinco por ciento en conducta, y además posteriormente se le suspendió por el resto del curso lectivo. A este res-

pecto, hay reiterada jurisprudencia que señala la imposibilidad de sancionar doblemente, aún en sede disciplinaria, una infracción cometida por un estudiante..."<sup>35</sup>

De todos modos, esta situación de doble sanción tampoco puede ser aceptada por nuestro ordenamiento jurídico constitucional en virtud de resultar excesiva y desproporcional, principios que también figuran como componentes de un debido proceso.

Al respecto, según se citó en otro de los apartados, nuestra Sala Constitucional ha resuelto :

"V ).- Por último, a la Sala le parece que es también inconstitucional, por desproporcionado, el sistema de doble sanción que implica la suspensión de asistir regularmente a clases y el rebajo o disminución de la nota en conducta por cada lección perdida. Esto implica una doble sanción y además, resulta excesivo. En efecto, la sanción en sí no puede implicar, automáticamente, la pérdida del derecho de realizar las pruebas y exámenes ordinarios y extraordinarios, ni como en el caso concreto, perder el derecho a la reposición de la prueba, derecho que se le negó a la estudiante en una clara discriminación..."<sup>36</sup>

En conclusión, debe considerarse que este tipo de sanciones resultan inconstitucionales no sólo por violentar el principio de proporcionalidad, sino, sobre todo, el de única sanción o de prohibición de sancionar múltiplemente una misma conducta.

b.2) Necesidad de un Proceso Previo para la Imposición de una Sanción Disciplinaria (nullum poena sine iudicio)

La imposición de una sanción disciplinaria conlleva, necesariamente y como requisito de validez, la realización, de previo a la toma de esa decisión, de un proceso respetuoso de todas las garantías establecidas tanto por la Constitución Política como por la ley, esto es, de acuerdo con las reglas del debido proceso. A eso es lo que se refiere el artículo 39, párrafo primero, de nuestra Carta Magna cuando indica : "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad."

De esta forma, siguiendo con el análisis de los artículos referidos a la nota de conducta, debe indicarse que al establecer ellos la posibilidad de disminuir una determinada cantidad de puntos cuando se cometa una falta disciplinaria, de las tipificadas en el reglamento de evaluación de los aprendizajes, está admitiendo, aunque no lo diga expresamente, que dicha disminución tiene una clara connotación de sanción disciplinaria.

Es decir, si como consecuencia de la supuesta comisión de una falta disciplinaria, sea esta leve, grave o muy grave, se puede imponer una disminución de la nota de conducta de hasta 50 puntos, que, por lo demás, podría hacer perder el curso lectivo a un determinado estudiante, dicha disminución no puede ser concebida más que como una sanción disciplinaria. Debe incluirse aquí como faltas disciplinarias, no sólo las que así son denominadas por la ley, sino también el incumplimiento de cualquiera de los deberes y obligaciones establecidos en el artículo 55 del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes, de acuerdo con lo que él mismo establece.

Ahora bien, teniendo presente que se trata de una sanción disciplinaria, debe aclararse que la misma no debe producirse hasta tanto no se realice un proceso previo, donde se conceda la posibilidad de defenderse al estudiante que puede ser afectado con la resolución, por lo que siempre que se vayan a disminuir puntos en la nota de conducta, por pocos que sean, debería realizarse un proceso previo o, al menos, dar la posibilidad de objetar la disminución de los puntos determinados. La anterior interpretación es, precisamente, producto de la forma como fue concebida esa nota de conducta, sea como consecuencia ante la comisión de una falta disciplinaria.



Sin embargo, con respecto a la posibilidad de objeción, por ejemplo, el artículo 96 inciso a) del reglamento supra citado restringe esa posibilidad a únicamente un error en el cálculo del promedio de los componentes que conforman la calificación, es decir, lo limita al error matemático, dejando por fuera el error en la valoración.

En consecuencia, si no se realiza un juicio previo o, al menos, se concede la posibilidad de objetar esa calificación, este sistema de imposición solapada de sanciones disciplinarias estaría dejando en estado de indefensión al estudiante, por lo que podría rozar con el principio constitucional del debido proceso. Igualmente, estaría re-marcando al sistema educativo como esencialmente autoritario y antidemocrático.

A pesar de ello, sea del reconocimiento del poder vinculante del principio de necesidad de un proceso o juicio previo, debe reconocerse que nuestra Sala Constitucional ha externado algunos criterios en contrario, fijando algunas excepciones a su cumplimiento. Lo anterior, ha sido fundamentado en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, indicándose que cuando las sanciones que se imponen o esperan imponer son advertencias, amonestaciones verbales o con ellas no se restringe o disminuye ningún derecho<sup>37</sup>, el respeto del debido proceso no debe ser tan riguroso y podría, por el contrario, ser hasta absurdo.

A pesar de esta interpretación, la cual, de antemano no es compartida, debe considerarse que las posibles implicaciones que podría conllevar la disminución de la nota de conducta, de hasta perder el curso lectivo, no permite obviar este principio y, por el contrario, obliga a establecer mecanismos objetivos para la determinación de la responsabilidad ante la comisión de una falta disciplinaria. Aquí, por tanto, sigue rigiendo el principio de que no puede haber sanción sin un juicio o proceso previo, por lo que no puede considerarse que la disminución de la nota de conducta es algo discrecional, y hasta aleatorio. Al menos, en consecuencia, debe brindarse la posibilidad de objetar, no sólo matemáticamente, la decisión del profesor ante un superior.



De todos modos, por tratarse los clientes del sistema educativo, en su generalidad, de niños (as) y adolescentes, quienes, en tanto tal, se encuentran en plena formación, no cabe duda que este sistema de responsabilidad disciplinaria debe tender a coadyuvar en dicha formación, y, dentro de éste, debe concluirse que el proceso previo de determinación de una responsabilidad objetiva, no arbitraria, cumple un papel fundamental, tal vez mayor que el de la sanción misma, puesto que es ahí donde y cuando al estudiante no sólo se le debe informar, sino también explicar, de forma comprensible, el por qué de su responsabilidad y de la sanción que se le impone.

### b.3) El Derecho de Defensa del Adolescente Sometido a un Proceso Disciplinario

Según se ha mencionado reiteradamente, el artículo 39 de la Constitución Política tutela también el principio o derecho de defensa, el cual pretende asegurar, en este caso, al estudiante sometido a un proceso disciplinario que éste tenga la posibilidad y las armas suficientes para objetar la acusación que se le realiza o, en todo caso, la resolución que se haya tomado (derecho de impugnación).

Este derecho puede ser desdoblado en una serie de derechos específicos que le dan contenido y, por tanto, puede afirmarse que en la medida en que éstos no sean respetados, también se estará irrespetando el primero. Se trata de los derechos de participación, petición y al conocimiento.

De esta manera, el adolescente que se encuentre sometido a un proceso disciplinario debe tener la posibilidad de participar en todos los actos del mismo, así como en la reproducción de la prueba, sea la recepción de la declaración de un testigo por ejemplo, de peticionar o gestionar todo aquello que considere conveniente en favor de sus intereses y de estar enterado de todo cuanto acontece en el mismo.

Derechos éstos de los que devienen, obviamente, algunos deberes correlativos para los órganos encargados de dirigir el proceso disciplinario, en primer lugar, el deber de la administración no sólo de asegurar, sino de facilitar la participación plena del interesado y, por tanto, siempre debe partirse de la premisa de que es mejor para el sistema que él pueda estar presente, por ejemplo, al momento de la recepción de la prueba (tanto la que lo incrimina como la que lo favorece). En segundo lugar, debe determinarse que si el estudiante tiene el derecho de realizar peticiones en protección de sus intereses, la autoridad debe tener el deber de contestar las mismas y de hacerlo con prontitud (art. 41 Constitución Política). Por último, también es deber de la administración asegurar al estudiante el libre acceso a las actuaciones que constan en el proceso y a que, en todo caso, se le expresen, comprensible y directamente, los motivos o fundamentos del por qué se tomó tal o cual determinación.

Este juego de derechos-deberes dentro de los procesos administrativos disciplinarios ha sido, de alguna forma, aludido por nuestra Sala Constitucional en su voto 211-95, indicando al respecto : "El derecho de defensa o derecho al debido proceso en materia administrativa comprende básicamente : a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento, b) derecho de ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir la prueba que entienda pertinente, c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos vinculados con la cuestión de que se trate ; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas ; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y los motivos en que ella se funde, e) derecho del interesado a recurrir la decisión dictada."

Visto lo anterior, corresponde valorar si el procedimiento disciplinario establecido en el Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes realmente satisface y protege eficientemente el derecho de defensa de los estudiantes. Para ello, resulta necesario, citar el artículo 84 del mismo : "En todos los niveles, ramas y moda-



lidades del sistema educativo, la aplicación de las acciones correctivas enumeradas en los artículos 80 y 81 de este reglamento serán establecidas por el director de la institución y el profesor guía o maestro a cargo, según sea el caso. Previamente a la aplicación de la medida correctiva el director del centro educativo comunicará por escrito, al padre de familia o encargado de las faltas que se le imputan al alumno y del expediente administrativo correspondiente para que, en el término de tres días hábiles, alegue lo pertinente y ofrezca las pruebas que juzgue pertinentes. La resolución final deberá ser notificada al padre de familia o encargado y copia de la misma será enviada, según corresponda, al docente encargado, al orientador respectivo, al técnico asesor o al profesor guía al expediente personal del estudiante.”



Transcrito el artículo, pueden ser extraídos algunos aspectos que, con respecto al derecho de defensa, resulta importante rescatar. En primer lugar, debe indicarse que existe una total ausencia de participación del adolescente en el proceso disciplinario, quien, en todo momento, es sustituido por sus padres, lo cual parece no sólo ser inconveniente tratándose de adolescentes, sino que podría ser contrario a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que se está promoviendo una ambivalencia, considerándose al adolescente, por un lado, capaz de cometer faltas disciplinarias pero incapaz, por otro, de participar en el proceso que determina su responsabilidad.

Igualmente, no debe olvidarse que este tipo de responsabilidad es personalísima, de forma que las consecuencias del hecho siempre van a ser asumidas por el adolescente, por lo que de ahí la importancia de su participación, la cual, jamás, debe resultar excluyente de la participación de los padres, pero tampoco a la inversa.

En el mismo sentido, sea en favor de la participación directa de los adolescentes en los procesos disciplinarios, debe indicarse que es un contrasentido que nuestro ordenamiento jurídico los considere capaces de participar en un proceso judicial de responsabilidad penal juvenil<sup>38</sup>, pero no los considere así para ser partícipe de un proceso disciplinario.

Por último, el artículo 70 del Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes establece que las acciones correctivas, que no son más que sanciones disciplinarias, tienen propósitos educativo-formativos<sup>39</sup>, los cuales, vale decir, no podrían ser cumplidos con la ausencia de participación del adolescente en el proceso y, sobre todo, sin la comprensión de su responsabilidad.

En conclusión, por estas razones no puede ser admitido que el adolescente no participe en el proceso disciplinario, por cuanto con ello se estaría, además, afectando seriamente el derecho de defensa. Lo anterior, por cuanto si el adolescente no participa en el mismo, tampoco tendrá la posibilidad de gestionar y peticionar en favor de sus intereses o, en todo caso, no podrá brindar a la autoridad su versión de los hechos, factor determinante, según se dijo, en la protección del derecho de defensa. Así mismo, tampoco podría el adolescente enterarse de lo que sucede dentro del proceso, violentándose, de esa manera, su derecho al conocimiento o a mantenerse informado de cuanto en él acontece.

Este último aspecto, se ve maximizado por el hecho de que el citado artículo menciona que la comunicación de la existencia de un proceso en contra de un estudiante-adolescente no se le realiza a él, sino a sus padres. Marginación similar



sufre cuando se trata de la comunicación final que, según se indica, debe ser comunicada hasta al expediente del estudiante pero nunca a él mismo.

Este artículo, en consecuencia, manteniendo una perspectiva autoritaria de la relación adolescente - adulto y considerando al primero como un objeto de protección, pretende obviar que el adolescente no sólo tiene derecho de defenderse, sino también de expresarse en cualquier procedimiento que pueda afectar sus intereses. En este sentido, el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño señala : "1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado..."



Al respecto, debe concluirse, sin temor alguno, que el adolescente (persona entre 12 y 18 años) se encuentra en plena capacidad de formarse un juicio propio, por lo que su participación en el procedimiento disciplinario debe ser directa, es decir, debe concluirse que el tiene suficiente capacidad de autodeterminación para participar por sí mismo. Así lo considera nuestra Ley de Justicia Penal Juvenil con respecto a la responsabilidad penal del adolescente.

b.4) Derecho de Impugnación e Imparcialidad del Organismo Encargado de Resolver en Segunda Instancia.

La resolución que determine la responsabilidad disciplinaria de un adolescente y, por tanto, le imponga una sanción que, al fin y al cabo, puede resultar restrictiva de una libertad o derecho fundamental, debe estar sujeta, de acuerdo con el inciso 2.h) del artículo 82 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la posibilidad de ser cuestionada y sometida a la revisión de otro organismo que, funcionalmente, tenga mayor jerarquía.

Esto no es más que lo que se ha denominado como el derecho de impugnación o derecho a la doble instancia, es decir, el derecho que, en el caso concreto, tendría el adolescente para solicitar, como parte de su derecho de petición, que la resolución que afecta sus intereses sea revisada por un superior, el cual, al igual que el inferior, debe ser imparcial frente al caso concreto.

Al respecto, establece literalmente, en su artículo 8.2.h), el mencionado instrumento legal internacional : "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas : h) derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior".

Teniendo esto claro, el Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes ha fijado en su artículo 96 inciso b) tal posibilidad : "A falta de arreglo directo, los alumnos o sus padres o encargados, tendrán derecho a ejercer por escrito y debidamente motivados, los recursos que se indican a continuación : b) Contra cualquier acción correctiva procederá recurso administrativo ante el director de la institución, el que deberá ser presentado por escrito a más tardar el tercer día hábil después de comunicada la acción correctiva, la que no podrá ser ejecutada hasta que no venza el periodo indicado para impugnarlo."

Con la enunciación de este artículo, podría concluirse que la legislación edu-

cativa o, en concreto, el proceso disciplinario por ella establecido cumple a cabalidad con la protección de esa garantía fundamental y, por tanto, del debido proceso. No obstante, antes de poder hacer esa afirmación deben ser abordados algunos aspectos trascendentales para entender si efectivamente se está protegiendo o no este derecho: en primer lugar, la necesidad de distinguir al órgano de segunda instancia de aquel que conoce en primera instancia y, en segundo lugar, la imparcialidad, muy ligado al anterior, como característica indispensable del juez que conoce y resuelve la impugnación.



#### b.4.1) Necesidad de Distinguir al Órgano Encargado de Conocer en Segunda Instancia con Relación al de Primera Instancia

Una de las características del derecho de impugnación o a la doble instancia consiste, precisamente, en que el órgano encargado de resolver la apelación u objeción sea diferente del que resolvió el proceso disciplinario en primera instancia, puesto que, de lo contrario, la protección de esta garantía sería una ficción. Al respecto, señala, de forma tajante, el artículo 42 de la Constitución Política costarricense: "Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto."

Tal situación no es respetada por el artículo mencionado, según se denota de la transcripción realizada, debido a que el mismo determina que el encargado de resolver los recursos administrativos, con respecto a las acciones correctivas, es el director, quien, además, tiene a su cargo o, al menos participa, según indica el artículo 84 del mismo reglamento, en la decisión de primera instancia. Al respecto, señala, en lo que interesa, dicho artículo: "En todos los niveles, ramas y modalidades del sistema educativo, la aplicación de las acciones correctivas enumeradas en los artículos 80 y 81 de este reglamento serán establecidas por el director de la institución y profesor guía o maestro a cargo, según sea el caso."

Por tanto, esa identidad del órgano de primera y segunda instancia niega, en la práctica, cualquier tipo de revisión de la decisión, la cual, en todo caso, sería realizada con entera subjetividad. En estas circunstancias, el órgano de segunda instancia no revisa, confirma.



En consecuencia, no parece existir duda de que, ante esta regulación, la garantía de impugnación no está siendo debidamente respetada a los estudiantes sancionados disciplinariamente, lo que podría rozar con nuestra Constitución Política y la Convención Americana de los Derechos Humanos, que, de paso, posee rango constitucional.

#### b.4.2) Imparcialidad del Órgano Encargado de Conocer en Segunda Instancia

Muy relacionado con lo mencionado en el apartado anterior, se encuentra el tema de la imparcialidad de las personas encargadas de conocer del proceso disciplinario, quienes, por vía de este principio, deben enfrentar el proceso y la decisión con la mayor objetividad posible.

Al respecto, señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...".

Ahora bien, esta garantía constitucional vincula a todos aquellas personas u órganos que tengan o posean un poder de decisión frente a un conflicto o caso



concreto, no pudiendo realizarse distinción entre aquéllos que conocen en un primer momento y los encargados de revisar esa primera decisión. Lo que se quiere decir, en conclusión, es que aquellos que conozcan en segunda instancia deben ser tan imparciales como los que conocen en primera instancia.

La consecuencia del no cumplimiento de este deber de imparcialidad, debe ser la separación del sujeto parcializado del conocimiento del caso concreto, por lo que siempre que exista sospecha fundamentada de parcialidad deben existir mecanismos idóneos para que el juzgador, es decir, el encargado de tomar la decisión en resolución del conflicto planteado, pueda separarse de ese proceso disciplinario<sup>40</sup> o, en todo caso, para que las partes objeten su participación en el mismo<sup>41</sup>.

Lo importante aquí es determinar cuando existe esa sospecha de parcialidad y, en este sentido, debe indicarse que ésta generalmente ha estado ligada a la relación de la persona cuestionada con alguna de las partes intervinientes en el proceso, sea ésta por familiaridad, consanguinidad y afinidad, por asesoría o por haber conocido del caso previamente y haber externado una opinión sobre la posible resolución del mismo.

Para los intereses del presente trabajo, resulta importante el último de los puntos señalados, puesto que, al establecer el Reglamento de Evaluación de los Aprendizajes que la persona u órgano que conoce en primera y segunda instancia es el mismo, está facultando e institucionalizando que una persona u órgano que ya ha intervenido en el proceso y ha adelantado su criterio del caso, dictando la resolución más importante del mismo, sea la que determina la responsabilidad y, si es del caso, impone la sanción, participe en la revisión de éste.

Por tanto, el mencionado reglamento está promoviendo la intervención de una persona que, según los lineamientos dictados por el derecho procesal, se encuentra parcializado, al haber expresado ya su decisión sobre el respectivo caso, situación que no puede ser aceptada, pues violentaría el principio del debido proceso (art. 39 Constitución Política) y la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### CONCLUSIONES GENERALES

La realización de este trabajo, como correlación de la legislación en materia educativa con una serie de derechos, principios y garantías constitucionales, ha pretendido tener como objetivo desnudar algunas deficiencias de dicha regulación e ir sembrando, en este sector tan importante de nuestra vida social, una discusión hasta el momento ausente : la discusión jurídica.

De hecho, el abordaje de esta perspectiva ha tenido, en principio, una doble dificultad. Primero, el tratar de brindar un enfoque de derecho a un derecho que, como el de educación, no ha sido tratado, tradicional y, muchas veces, legislativamente, como derecho, sino como facultad o mero poder de realización por parte de los órganos de gobierno y del Estado en general. Y, segundo, asignar la titularidad de ese y otros derechos a una persona que, como los adolescentes, no han sido considerados sujetos de derechos, sino objetos de compasión y manipulación.

Dificultades y concepciones estas que no son etéreas, todo lo contrario, son reales, tangibles y aún influyen el sistema educativo costarricense, encontrando,

en muchas ocasiones, pleno respaldo en la legislación que le da sustento.

Por estos motivos, parece conveniente iniciar afirmando, como primera conclusión, que el derecho a la educación, efectivamente, es un derecho y que su titularidad le corresponde a todo ser humano independientemente de su edad y del hecho de que se encuentre o no inmerso dentro del sistema educativo.

El mismo puede ser localizado dentro de los que han sido denominados como derechos sociales fundamentales y crean en favor del individuo un derecho subjetivo a recibir un prestación, en este caso, su educación. Situación que lo convierte en un derecho exigible ante los tribunales de justicia.

Exigible para ante el obligado a satisfacerlo, que, en la generalidad de los casos, es el Estado. En consecuencia, es a éste al que le corresponde, realizando el mayor esfuerzo posible, brindar todas las facilidades e incentivar el acceso a la educación. Todo esto derivado del principio de obligatoriedad de la educación general básica y diversificada establecido constitucionalmente.

Para lograr este objetivo, se ha acudido a otro principio de fundamental importancia, el de gratuidad, con el cual se pretende evitar una discriminación de aquellos adolescentes que no poseen recursos económicos para continuar su educación, favoreciendo así una universalización enseñanza y de la educación.

En consecuencia, los principios de gratuidad y obligatoriedad de la educación general básica y diversificada se convierten en mecanismos esenciales de protección del derecho a la educación. No obstante, también existen otros principios derivados de nuestra constitución que, como garantías de protección de derechos fundamentales, también tutelan el derecho a la educación : por un lado el principio de reserva de ley y, por otro, el de razonabilidad de la ley.

El primero, establece que toda regulación primaria de derechos fundamentales y, por ende, del derecho a la educación debe ser reserva de ley, es decir, sólo podrá ser regulada mediante ley ordinaria o parlamentaria, sea, en nuestro caso, emitida por la Asamblea Legislativa.

A pesar de este principio, debe concluirse que el grueso de la legislación educativa ha tendido a ser establecida por vía reglamentaria, lo cual ha provocado gran inestabilidad y variabilidad de la misma, al punto de determinarse que cada cuatro años, periodo de gobierno, se varía el marco principal de regulación, situación que, indudablemente, tiene repercusiones dentro del sistema educativo y en el respeto del derecho a la educación. Igualmente, tal situación impide una participación más democrática en el contenido de esta legislación, puesto que se deja en manos de unos pocos, miembros del Consejo Superior de Educación, la toma de decisiones con respecto al contenido de la misma.

Por otro lado, el principio de razonabilidad de la ley tiene como finalidad limitar, precisamente, esa potestad legislativa o reglamentaria, llegando a afirmar que no todo lo que la ley prevé como objeto de su regulación encuentra respaldo en la Constitución Política, para ello, por el contrario, parece indispensable, que la misma cumpla con ciertos parámetros de razonabilidad, los cuales se encuentran muy relacionados con los principios de justicia y proporcionalidad. Por lo que, en consecuencia, cualquier norma concebida al margen de la justicia y de la proporcionalidad debe ser considerada inconstitucional por transgredir el principio de ra-



zonabilidad.

Tomando ello en cuenta, parece conveniente llevar a una discusión seria y profunda el contenido de toda la legislación educativa, intentando determinar, así, cuando se cumple y cuando no con los parámetros establecidos por este principio constitucional. Lo anterior, teniendo siempre como objetivo el no afectar el derecho de educación, ni el acceso a éste.

En conclusión, estos dos principios vienen a establecer un límite a la regulación de los derechos fundamentales y, en específico, del derecho a la educación, por tanto, los mismos deben ser valorados como tales y, sobre todo, ser respetados por la legislación educativa.

Sin embargo, ello no es suficiente, puesto que resulta también importante tener como referente todos los otros principios establecidos por la Constitución Política, los cuales fijan, igualmente, un límite al ejercicio del poder y, por tanto, al ejercicio del poder legislativo.

Dentro de éstos, ha sido trascendental la referencia del principio democrático y del principio de participación, mediante los cuales se favorece y fortalece la democracia costarricense, asegurando que las decisiones en torno al derecho de educación resultan más correctas cuando son discutidas con sus destinatarios, quienes podrán aportar y enriquecer dichas decisiones.

De la misma forma, con este respeto al derecho de participación de los estudiantes, también se lograría reconocer al adolescente como una persona, como un sujeto de derechos, a quien, además, se consideraría como un sujeto de relaciones democráticas, situación que podría hacer variar, sustancialmente, la legislación vigente.

Por otro lado, el principio de igualdad también debe ser rescatado por la legislación educativa, sobre todo, para concluir que el adolescente es una persona humana, pero que por sus características psico-biológicas es diferente no sólo del adulto, sino también del niño (menor de doce años). Situación que debe ser valorada para no brindar igual tratamiento a personas radicalmente diferentes.

Por último, debe también adecuarse el establecimiento de las faltas disciplinarias y de los procesos disciplinarios a los principios de legalidad y debido proceso, como garantías indispensables de validez y legitimidad de la utilización del poder represivo del Estado e, igualmente, como parte del respeto de la dignidad del adolescente. Por ende, sólo con el respeto de esos principios constitucionales podría admitirse la coerción disciplinaria en un Estado de Derecho, por lo que su falta de adecuación produce serios roces de constitucionalidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALEXI (Robert). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

BIDART CAMPOS (G.J.) Manual de Derecho Constitucional Argentino. Editorial Ediar, Buenos Aires.

CÓRDOBA ORTEGA (Jorge) y otros. Constitución Política de Costa Rica concordada, anotada y con resoluciones de la Sala Constitucional. Investigaciones Jurídicas.



cas - Centro para la Democracia. San José, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y otro. Curso de Derecho Administrativo, tomo I. Civitas. Madrid, 1975.

GARCÍA MÉNDEZ (Emilio) y otros. Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Temis - Depalma. Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, 1998.

GUTIÉRREZ (Carlos José) y otros. Derecho Constitucional Costarricense (ensayos). Juricentro. San José, 1983.

HABBA (Enrique Pedro). De la Fantasía Curricular (II) : la retórica de los "objetivos". En Antología de la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Costa Rica, segundo semestre, 1993.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). El Derecho de la Constitución. Juricentro. San José, 1993.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). Los Principios Constitucionales. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, 1992.

ORTIZ (Eduardo). Justicia Administrativa Costarricense. San José, 1990.

PACHECO (Máximo) Teoría del Derecho, 4ta. Edición. Temis - Editorial Jurídica de Chile. Santa Fe de Bogotá - Santiago.

QUIROGA LAVIÉ (Humberto). La Potestad Legislativa . Zavalia. Buenos Aires, 1993.

UNICEF - Corporación Opción. De la Tutela a la Justicia. Corporación Opción - Unicef. Santiago, 1998.

UNICEF. Política Social y Descentralización en Costa Rica. Unicef. San José, 1998.

VIDAL PERDOMO (Jaime). Derecho Constitucional General, 5ta. Edición, Universidad del Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, 1992.

