

Proyecto de Ley de subvención estatal de pago de salarios al personal docente y administrativo de las instituciones privadas de enseñanza

Licda Magda Pérez Álvarez
Licda. Susana Zúñiga Van der Laat

Licda. Milena Soto Dobles.
Estudio Supervisado por:
Lic. Arcadio Rodríguez Gómez
MSc. Mauricio Porras León
MSc. Gastón Vargas Rojas.
Revisado por:
*Licda. Gloria Valerín Rodríguez**

Tabla de contenidos

- I. Resumen del proyecto
- II. Principales desafíos de la educación costarricense y el papel de los centros docentes privados en la educación
 - 1. Universalizar la cobertura preescolar y secundaria
 - 2. Mejorar la calidad del sistema educativo
 - 3. Reducir la reprobación y mejorar la eficiencia
 - 4. Retener a las y los estudiantes en el sistema educativo
 - 5. Disminuir brechas socio-espaciales
 - 6. Ampliar la inversión en educación

* Directora del Depto. de servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Enero del 2008

7. Mejorar las precarias condiciones de trabajo de las y los docentes
8. Mejorar la rectoría del sector por parte del Consejo Superior de Educación
9. Reforma institucional
10. Fortalecer el sistema de monitoreo y evaluación
11. Participación privada en la educación

III. Derecho a la educación, libertad de enseñanza y estímulo a la iniciativa privada en materia educacional

IV. Situación actual de la educación subvencionada

V. Marco jurídico aplicable

1- Normativa constitucional

2.- Instrumentos jurídicos internacionales

- a) La Declaración Universal de Derechos Humanos
- b) La Convención Americana de Derechos Humanos
- c) Convención sobre los Derechos del Niño
- d) Protocolo a la Convención Derechos Económicos Sociales San Salvador
- e) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

3.- Legal

4.- Decretos Ejecutivos

(Se omite el resto del Informe: Comentarios al articulado del proyecto, Consideraciones de orden económico, Aspectos de técnica legislativa, Aspectos de procedimiento legislativo, antecedentes y bibliografía)

I.- Resumen del proyecto

El presente proyecto tiene por objeto regular el estímulo estatal a la iniciativa privada en educación, consistente en el pago de salarios a una parte o totalidad del personal docente y administrativo-docente de los centros de enseñanza que por sus características se considere de interés público por parte del Ministerio de Educación (MEP).

Para el otorgamiento de la subvención estatal la iniciativa legislativa establece una serie de requisitos y condiciones que deben cumplir los centros docentes privados, entre ellos la suscripción de un convenio con el MEP.

Por otra parte, se propone que el MEP sufrague el salario, pluses y derechos correspondientes a los servidores nombrados en los centros educativos privados, de acuerdo con la normativa establecida por la Dirección General del Servicio Civil. El personal nombrado en esas condiciones mantendrá una relación de carácter laboral con los centros educativos por lo que no se constituirán en empleados públicos.

Conforme lo indica en su exposición de motivos el legislador proponente, la Constitución Política en su artículo 80 establece que la iniciativa privada en materia educacional merece el estímulo del Estado, en la forma que indique la ley.

II.- Principales desafíos de la educación costarricense y el papel de los centros docentes privados en la educación

De acuerdo con el informe rendido por el *Programa del Estado de la Nación* en Desarrollo Humano Sostenible, la educación costarricense en el presente siglo enfrenta un conjunto amplio de desafíos, entre ellos:

1.- Universalizar la cobertura preescolar y secundaria

Según el informe citado, el país ha logrado importantes avances en la cobertura de la educación preescolar y, en menor medida, de la secundaria; alcanzó para el 2004 una cobertura del 90% en el ciclo de transición y del 63% en secundaria; no obstante, prevalece

el reto de expandir este indicador al total de la población en edad de asistir a ambos niveles. La expansión de la cobertura en ambos niveles requiere mayor inversión.

Además, indica este estudio que la ampliación de la enseñanza preescolar es fundamental para introducir a las niñas y a los niños en el proceso educativo desde temprana edad, de manera

que se preparen

para conseguir un alto desempeño en los ciclos subsiguientes. A su vez, la conclusión de la secundaria es requisito básico para obtener mejores condiciones de empleo y de vida, es decir, es la vía más segura para que las personas se alejen de la pobreza y enfrenten exitosamente las demandas de una sociedad cada vez más exigente en cuanto a recursos humanos calificados.

2. Mejorar la calidad del sistema educativo

En el desafío de mejorar la calidad de la educación intervienen elementos propios del sistema educativo y factores personales o familiares. El currículo, la pedagogía, el ambiente, la infraestructura y la disponibilidad de materiales para el aprendizaje se encuentran entre los factores del sistema que influyen en la formación de las y los jóvenes.

Las pruebas nacionales constituyen indicadores parciales sobre la calidad de la educación, en términos del desempeño académico; sus resultados señalan que el país aún tiene mucho que avanzar, ya que la aprobación de algunas materias, especialmente Matemáticas, es preocupantemente baja, como lo demuestran los porcentajes de aprobación cercanos al 20% en el tercer ciclo.

El Estado de la Nación en su informe señala que es preciso dotar a los jóvenes de herramientas que les permitan insertarse mejor en el mercado laboral o seguir estudios superiores, para lo cual resultan esenciales el conocimiento del inglés y el manejo de las tecnologías de información y comunicación. Es necesario ofrecer alternativas a los estudiantes que se inclinan por el Arte y la Música; en general se requiere un sistema que responda a intereses diversos, que provea competencias básicas y que forme personas de manera integral.

3. Reducir la reprobación y mejorar la eficiencia

La ineficiencia del sistema educativo se deriva de bajos rendimientos académicos que resultan en repetición de años lectivos

Esto tiene consecuencias psicológicas negativas en los alumnos y significa un mayor costo para las familias y el Estado, además de aumentar la probabilidad de deserción. En Costa Rica la in-eficiencia es especialmente grave en secundaria, donde tan solo un 20% de los educandos se gradúa sin repetir ningún año, y en la que el tiempo promedio para graduarse es de 9,4 años, casi el doble de los 5 años que establece el sistema.

4. Retener a las y los estudiantes en el sistema educativo

Otro importante desafío es detener la exclusión de niños, niñas y jóvenes de la educación formal. En el proceso educativo se han identificado los años séptimo y décimo como puntos críticos en los que aumenta la probabilidad de deserción.

El paso de sexto a séptimo es el momento en que se presenta la mayor discontinuidad, ya que no existe una buena articulación entre el final de la primaria y el inicio de la secundaria por las diferencias en la forma de enseñanza, siendo necesario preparar académica y psicológicamente a los estudiantes.

En la segunda discontinuidad, que ocurre en décimo año, intervienen en mayor medida variables "macrosociales": problemas familiares, situación económica, presión por trabajar y desinterés, entre otras, pero igualmente se advierten problemas de desempeño.

5. Disminuir brechas socio-espaciales

El desafío de la equidad en la educación se orienta a disminuir las brechas de oportunidades educativas entre las zonas urbanas y las rurales, entre los grupos de ingresos altos y de ingresos menores, entre hombres y mujeres, y las que se presentan entre las direcciones regionales del MEP. Esas disparidades se manifiestan de modo recurrente en el acceso, los resultados académicos, los niveles de reprobación y deserción, así como en el estado de los servicios y la disponibilidad de infraestructura y equipos entre las instituciones educativas de distintas regiones, y entre las privadas y las públicas.

En ese sentido, el desafío de la equidad requiere establecer programas de discriminación positiva, que compensen a grupos

que se encuentran en desventaja. En el país existen varias iniciativas de este tipo, tales como becas, transportes, comedores escolares, escuelas unidocentes, telesecundaria.

6. Ampliar la inversión en educación

La sociedad costarricense se ha distinguido en Centroamérica por su decisión de invertir amplia y continuamente en educación. No obstante, esa fuerte inversión decayó durante el periodo de crisis económica de la década de los ochenta y tuvo consecuencias importantes: los logros en cobertura educativa se revirtieron y golpearon severamente la enseñanza secundaria, que tardó alrededor de una década y media para recuperarse.

A pesar de que en los últimos años la inversión ha crecido y gracias a ello se ha logrado expandir de forma significativa la cobertura en preescolar y, poco a poco, la de secundaria, existen evidencias de que los recursos dedicados al sector son insuficientes para financiar la educación de calidad de toda la población. El país tiene un notable déficit de infraestructura, equipo y materiales educativos. Por ejemplo, solo el 61,8% de las aulas académicas está en buen estado en los colegios públicos rurales, en contraste con el 99,3% de la educación privada en el ámbito nacional. Además, las necesidades insatisfechas son muy amplias. En primaria se requieren 402 gimnasios y apenas existen 168, los laboratorios de ciencias que faltan son 139 y están disponibles tan solo 15, en tanto que el número de bibliotecas faltantes, 576, sobrepasa la disponibilidad actual de 504.

De los datos anteriores es evidente que el Estado y específicamente el Ministerio de Educación Pública se enfrenta a un desafío de proveer infraestructura, servicios y materiales para facilitar el proceso educativo. Para esto se requiere de un aumento considerable de la inversión en el sector educativo y mejorar su capacidad de respuesta, dado que no solo los recursos son insuficientes, sino que su ejecución por parte del MEP no es la óptima.

7. Mejorar las precarias condiciones de trabajo de las y los docentes

Un conjunto de factores relacionados con los nombramientos, la carga de alumnos por sección, las opciones de formación continua y las remuneraciones promedio de los docentes indican que estos profesionales se desempeñan en un ambiente de trabajo

precario. La inestabilidad laboral afecta a una parte significativa de las y los educadores, como lo demuestra el hecho de que, en el año 2001, el 42,5% de quienes impartían lecciones en toda la secundaria costarricense eran interinos. Asimismo, el alto promedio de estudiantes por sección en secundaria reduce las posibilidades de atención individualizada; en los establecimientos públicos es de 32 alumnos, en los colegios subvencionados en un promedio similar de 30 y en los colegios privados es de 21 por sección.

Además, el personal docente tiene pocas posibilidades de actualización, capacitación y evaluación, aparte de que percibe ingresos menores a los de profesionales de otras áreas con un mismo grado académico.

Por ello mejorar las condiciones de trabajo de los educadores es un reto, porque incide en su desempeño y por ende en la calidad de enseñanza de la población estudiantil del país.

8. Mejorar la rectoría del sector por parte del Consejo Superior de Educación

Por otra parte, un serio obstáculo para contrarrestar los problemas descritos radica en la debilidad de gestión que tiene el sistema educativo y en el limitado desempeño de la función rectora del Consejo Superior de Educación. Por diversas razones este ente no ha logrado fijar directrices que marquen el rumbo del sector: por una parte dedica más tiempo a resolver problemas administrativos que a su rol de órgano rector y, por otra parte, carece de los necesarios recursos humanos y materiales, así como de independencia funcional.

Fortalecer la capacidad rectora del Consejo es un reto considerable, para mejorar en el mediano y largo plazos el desempeño del sistema educativo costarricense.

9. Reforma institucional

La década de los setentas fue la de mayor desarrollo de la institucionalidad pública; en ese período se configuró el diseño institucional que con pocas y selectivas modificaciones se mantiene en el sector educación. Posteriormente el dinamismo de las reformas al aparato estatal impulsada en los años noventa no alcanzó al sistema educativo, que no modificó sustancialmente su estructura y, más bien, mostró un énfasis en la creación de programas

para atender situaciones específicas, lo que ha redundado en una atomización de esfuerzos que no han logrado fortalecer la planificación y desarrollo del sector educativo a largo plazo.

10. Fortalecer el sistema de monitoreo y evaluación

Si bien el sector educativo da seguimiento a variables relevantes, como la matrícula, la reprobación y la repetición, eso resulta insuficiente para mejorar significativamente los resultados del sistema. Se requiere expandir el sistema de monitoreo y establecer sistemas de evaluación que ayuden a precisar lo que se debe fortalecer, valorar la efectividad de las acciones tomadas, aprender y corregir a tiempo los errores, de manera que pueda hacer un uso eficiente de los recursos. Esto, además, permitirá una mayor rendición de cuentas por parte de las autoridades educativas, a las cuales se les confía un 19% del presupuesto del Gobierno Central. Entre las áreas que necesitan información más amplia se encuentran los procesos de enseñanza-aprendizaje dentro del aula, la disponibilidad de materiales educativos, las calificaciones de los docentes y de la infraestructura.

11. Participación privada en la educación

En el informe citado también se señala que la oferta de la educación privada ha sido tradicionalmente mayor en preescolar y secundaria, en tanto que su participación en la enseñanza primaria ha sido baja. En preescolar ha tenido un comportamiento oscilante: en 1990 fue de 23,9% y se mantuvo alrededor de un 20% en la segunda mitad de esa década, a lo cual siguió una reducción en los primeros años del nuevo milenio hasta alcanzar un 14,9% en el 2004, un nivel semejante al de 1980. En primaria la educación privada ha mostrado una tendencia creciente a largo plazo, aunque su aumento ha sido muy lento; en los años setenta el porcentaje de matriculados en instituciones privadas fue cercano al 4%, en los ochenta conservó rangos parecidos y a partir de 1995 y hasta la actualidad se ubica alrededor de un 7%. En secundaria la educación privada se incrementó a mediados de la década de los ochenta, pues pasó de tener un 6% de las y los estudiantes en 1980, a un 13% en 1985, para luego permanecer en niveles muy similares en años posteriores; en el 2004 fue de un 11.8%.

Los resultados de la educación privada han superado a los del sistema público, con excepción de los colegios científicos. No

obstante, su alto costo hace que, en promedio, esta opción se encuentre fuera del alcance de la mayor parte de las familias costarricenses.

En efecto, el costo de la enseñanza privada es significativo para una familia de ingresos medios, ya que el promedio de la educación primaria tiene un costo cercano a los 60.000 colones y la secundaria de 75.000. *Existen algunos centros educativos administrados por grupos religiosos que cobran sumas muy bajas de matrícula y mensualidad (3.500 colones en primaria y 7.500 en secundaria) pues están orientados a poblaciones urbano-marginales.* En el extremo opuesto, el monto máximo corresponde a un centro educativo que cobra 396.000 colones de mensualidad en primaria y secundaria,

470.000 colones de matrícula en primaria y 550.000 colones de matrícula en secundaria.

Aun considerando la existencia de estos valores extremos, el monto promedio es alto, pues la mensualidad en la secundaria privada representa cerca del 45% del ingreso promedio, de 169.125 colones, que recibe la población ocupada a nivel nacional (INEC, 2004) (Lo destacado en cursiva no es del original).

En ese sentido, se debe mencionar que la iniciativa legislativa busca crear un instrumento jurídico legal que regule el estímulo a la iniciativa privada en educación contemplado en la Constitución Política, para hacer accesible este tipo de educación a las familias de clase media y escasos recursos económicos.

III.- Derecho a la educación, libertad de enseñanza y estímulo a la iniciativa privada en materia educacional

El acceso a la educación es, al mismo tiempo, un derecho humano fundamental y de interés público. En cuanto a lo primero, se debe procurar que todas las personas tengan la más amplia oportunidad de acceder al disfrute y ejercicio de ese derecho. Referente a lo segundo, las asimetrías económicas y sociales entre individuos y grupos y los efectos de externalidad que la educación surte en el seno de la sociedad no solo impiden que su prestación pueda librarse exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda, sino que exigen una acción inspectora por parte del Estado, que combine y promueva armónicamente tanto la libertad individual, como la solidaridad social. Al respecto, la mayoría de los

países democráticos han optado por esquemas educativos mixtos, en donde dicho servicio se presta tanto en forma directa por el Estado, como por distintas entidades privadas, bajo la autorización y supervisión de determinadas instancias públicas.

Ahora bien, las necesidades de contar con una población cada vez más capacitada, para desenvolverse y aprovechar las crecientes oportunidades que para el desarrollo económico y social ofrece la sociedad de la información contemporánea, han llevado a diversos países a explorar nuevas formas de articular la acción directa del Estado con el dinamismo y flexibilidad del sector privado o los aportes de las organizaciones cooperativas o sin ánimo de lucro que funcionan en materia educativa.

De esa manera se busca complementar o extender los alcances de los programas e instituciones educativas públicas mediante la incorporación, en paralelo, de las posibilidades que también pueden ofrecer los servicios educativos ofrecidos por instituciones privadas ya existentes, cuyas instalaciones, plantel docente y otras facilidades pueden aprovecharse para tales efectos, mediante el otorgamiento de ciertos incentivos, como puede ser el pago de subsidios por parte del Estado, para que tales instituciones puedan sostener su acción en el tiempo y suplir las carencias o insuficiencias que eventualmente puedan limitar las posibilidades de aquel para suministrar el servicio educativo por sus propios medios públicos.

En el caso de Costa Rica, en que la Constitución Política en su Título VII regula lo referente a la educación y la cultura en el país, destacan dentro de sus disposiciones constitucionales los artículos 77, 78, 79 y 80 en donde se establece:

1- La educación pública será organizada como un proceso integral correlacionado en sus diversos ciclos, desde la preescolar hasta la universitaria. Respecto a esta disposición la Sala Constitucional ha manifestado que la educación pública comprende aquella educación costeadada absolutamente por el Estado, la cual está organizada de una cierta manera y responde al cumplimiento de ciertos objetivos, de forma que se garantice el derecho a la educación en un proceso educativo que debe ser continuo e integral, que en el caso de la enseñanza

de primaria y secundaria se organiza por ciclos y en el de la universitaria por materias.

2- La garantía constitucional del derecho a la educación. Sobre ella la Sala Constitucional en sus sentencias claramente ha indicado: "El derecho a la educación, visto desde la perspectiva del educando, se traduce en el derecho a la enseñanza, es decir, a recibir educación formal integral y sin discriminaciones" "(...) El Derecho a la Educación, en sus tres vertientes — *derecho a educar, derecho a elegir los educadores y derecho a aprender* - no puede, al igual que cualquier otro derecho fundamental o humano, estar sujeto a restricciones, limitaciones o condicionamientos de índole presupuestaria. Los Derechos Fundamentales y Humanos son el fundamento y la base del entero ordenamiento jurídico y poseen una eficacia directa e inmediata y, ante todo, vinculan muy fuertemente a todos los poderes públicos, los que están obligados a crear las condiciones para su ejercicio efectivo y pleno respeto... Esos argumentos meramente crematísticos no tienen la virtud de enervar la aplicación y respeto del Derecho a la Educación en su manifestación específica de los educandos de aprender, dado que este es un derecho que se encuentra consagrado en el texto constitucional y que, por ende, debe ser respetado y fortalecido y no cercenado".

3- La obligatoriedad de la educación preescolar y la general básica. Sobre ello el Tribunal Constitucional ha indicado: "En nuestro ordenamiento constitucional, *el derecho de aprender* por lo menos hasta cierto estadio, se *configura, como un poder-deber*, dado que, tal y como lo prescribe el párrafo 1., de nuestra Carta Magna "La educación preescolar y la general básica son obligatorias..." (el destacado no es de su original).

4- El principio de gratuidad de la educación, cuando señala que tanto la educación preescolar, la general básica como la diversificada en el sistema público son gratuitas y costeadas por la Nación.

5- 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.

6- Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado. Sobre esta garantía constitucional el Tribunal Constitucional ha señalado: "*La libertad de enseñanza* reconocida en el artículo 79 de la Constitución Política, *implica el derecho de crear instituciones educativas*, y el derecho de quienes educan a desarrollar esa función con libertad dentro de los límites propios del centro docente que ocupan. Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos y de participar en el proceso educativo. La enseñanza globalmente concebida, es una protección de la libertad ideológica, religiosa, del *derecho* de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, garantías todas que se encuentran recogidas por los principios generales constitucionales. Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, del respeto hacia otros derechos fundamentales o de los que, respetando el contenido esencial, pueda establecer el legislador." "Ya la Sala ha señalado en diversas ocasiones, que el derecho a la educación se traduce en el derecho de aprender que tiene cada persona, y está consagrado no sólo en el artículo 79 de la Constitución Política, sino que en diversos instrumentos internacionales vigentes en nuestro país. El Estado tiene la obligación de dotar de recursos necesarios a las instituciones educativas, con el fin de que este derecho no vaya a resultar lesionado, como ocurrió en este caso, en el que se imposibilitó a 36 estudiantes recibir lecciones durante más de un mes, precisamente por falta de personal docente." SCV 1812-96.

7. La iniciativa privada en materia educacional merecerá estímulo del Estado, en la forma que indique la ley. En relación con esta disposición la Sala Constitucional ha indicado:

"La libertad de enseñar y la libertad de aprender son derechos fundamentales, y esta última se bifurca, (...) como ocurre con todas las libertades que suponen una relación de "alteralidad"- entre quienes la ejercen activamente y quienes la reciben pasivamente-, en dos sentidos o direcciones correlativos o solidarios, en cuanto que no sería posible

atentar contra uno de ellos sin dañar el otro. a) Por una parte el *derecho de aprender, eligiendo libremente los maestros, consagrado a los niños* a través de sus padres, quienes tienen el derecho fundamental de escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, y para los adultos mismos; b) Por la otra, *la libertad que tienen los particulares de fundar, organizar, dirigir y administrar centros docentes — privados- que el Estado está obligado a estimular, según el citado artículo 80 constitucional*" SCV 878-98 (3552-92). (Lo destacado no es de su original).

"El deber de estimular la enseñanza privada contenido en el artículo 80 constitucional no obliga al Estado a hacerlo por la vía de la excepción de tributos, sino que cuenta con diversos mecanismos que pueden servir a dicha finalidad... La disposición citada no es contraria al principio de igualdad ante las cargas tributarias, ni a las normas contenidas en los artículos 79 y 80 de la Constitución Política. No obstante, *el artículo 80 de la Constitución constituye un verdadero mandato para el Estado, y por tanto un derecho para la iniciativa privada en esta materia, que puede hacerse valer frente al Estado.*" (El destacado no es de su original)

IV.- Situación actual de la educación subvencionada

En el caso particular de la iniciativa privada en materia educacional, el artículo 80 de la Constitución Política le impone un deber al Estado de estimularla conforme la ley; sin embargo, hasta la fecha no existe norma legal que regule ese estímulo.

No obstante, esta situación no ha sido impedimento alguno para que el Estado haya estimulado la iniciativa privada, ya que dentro del ordenamiento jurídico costarricense encontramos diversas normas de origen constitucional que son de naturaleza "autoaplicativa" siendo el artículo 80 una de estas normas.

Además, la Procuraduría General de la República en su pronunciamiento sobre un proyecto de ley que se tramitó bajo el expediente N. 13,729, consideró que una falta de ley no es un obstáculo para que el precepto constitucional se aplique directamente; dicho órgano asesor ha resaltado en una de sus opiniones jurídicas lo siguiente:

"El artículo 80 constitucional es una norma de aplicación directa e inmediata de la cual los poderes constituidos pueden derivar un título habilitante para contribuir con los gastos en que incurren los centros de educación privada, a pesar de la remisión que se hace en ella a la ley."

"De esta norma se desprenden dos consecuencias lógicas. La primera, que la iniciativa privada en materia educacional tiene especial cobertura constitucional (Véase el Voto Ni 2038-91 del Tribunal Constitucional), lo que constituye un plus al reconocimiento y a la protección de la iniciativa privada, que tiene sustento en el numeral 28 del Código Político, además de ser un complemento necesario, indispensable, para el ejercicio de la libertad de enseñanza. La segunda, la autorización expresa del ordenamiento jurídico, a través de una norma constitucional, al Estado para que estimule esa actividad. Incluso, el Tribunal Constitucional, en los Votos N.878-98 y N.3552-92, ha ido más allá, al señalar que, con base *en* este precepto, el Estado está obligado a estimular los centros docentes privados."

"En primer lugar, no estamos ante un caso de imposible aplicación, de tal forma que sea necesaria la promulgación de una norma de rango legal para su aplicación. En segundo término, porque el precepto constitucional es claro y preciso, por lo que el Estado encuentra un título habilitante en él. Y por último, porque en el tanto y cuanto el Estado, en sus actuaciones, se ajuste a los principios de igualdad, de razonabilidad, proporcionalidad y de los que se derivan del principio cristiano de justicia social, el Derecho de la Constitución no sufre ningún quebranto"

A su vez, indica este órgano asesor que el Estado a través del Ministerio de Educación Pública ha materializado el estímulo a los centros de educación privada mediante el pago de los salarios, en parte o en la totalidad, de su personal docente o administrativo. Para ello, se incluía una norma en las leyes de presupuesto que decía lo siguiente:

"Los centros educativos que aparecen incluidos en la Ley de Presupuesto Nacional, en la relación de puestos y enunciados en la norma cuadragésimo primera del Presupuesto de 1974, mantendrán su statu quo en lo referente a su gobierno y

administración de personal administrativo-docente, administrativo, lo mismo que el personal docente de religión. Er, cuanto al nombramiento del nuevo personal docente, este será escogido por las respectivas direcciones de esos colegios, de listas de cinco nombres que propondrá el Ministerio de Educación Pública, para cada candidato a nombrar. El Ministerio de Educación Pública solicitará las respectivas nóminas al Departamento Docente del Servicio Civil, el cual las integrará mediante el concurso público respectivo.

El personal docente, administrativo-docente y administrativo en servicio, y el que se nombre conforme a lo que señala el párrafo anterior, queda incluido y protegido por las disposiciones de la ley N.º 2248 del 5 de setiembre de 1958 y sus reformas y la ley N.º 4565 del 4 de mayo de 1970." (Véase, a manera de ejemplo, las leyes N.º 5483 de 28 de diciembre de 1973, Ley de Presupuesto Ordinario para el Período Fiscal 1974, la N.º 6975 de 30 de noviembre de 1984, Ley de Presupuesto Extraordinario, la N.º 6305 de 21 de diciembre de 1978, Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario para el Período Fiscal de 1979 y la N.º 7018 de 20 de diciembre de 1985, Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario para el Período Fiscal de 1986).

Dada la atipicidad de esa norma, que religiosamente se repetía en los presupuestos ordinarios o extraordinarios, se dejó de incluir en ellos ante la categórica, constante y acertada jurisprudencia de la Sala Constitucional, en el sentido de que este tipo de normas son inconstitucionales".

Sin embargo, la Procuraduría General de la República en la opinión jurídica supracitada y ante el cuestionamiento realizado por el entonces Diputado Rodolfo Salas Salas sobre *¿Puede el Ministerio de Educación Pública válidamente pagar el salario del personal de algunas instituciones privadas de enseñanza?* indicó:

"A nuestro modo de ver, la respuesta a esta pregunta es afirmativa.

Como se explicó atrás, el Derecho de la Constitución no solo autoriza al Estado a proceder de esa forma, sino que le impone una obligación.

Además, existe una razón adicional, la cual está sustentada

en lo que la dogmática jurídica ha denominado como "el valor normativo de la Constitución". Lo anterior significa, en palabras de García De Enterría, que toda la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo (García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid-España, reimpresión a la tercera edición, 1988, página 63), o sea que *sus normas son vinculantes tanto para los poderes constituidos como para los particulares*"

Nota: El destacado no es de su original.

También este órgano procurador ante otro cuestionamiento efectuado por el mismo diputado sobre *"Si no hubiere una ley que dé contenido normativo a la norma constitucional citada, ¿en qué condiciones puede el Ministerio brindar esa subvención a las escuelas y colegios privados?"*. Señaló:

"Lo ideal, como indicamos atrás, es que exista una ley que establezca criterios objetivos, precisos y razonables para que el Estado brinde a las entidades privadas de educación la subvención que a bien tenga. Empero, ante la ausencia de ella, como ocurre en la actualidad, las condiciones en las cuales el Estado, a través del Ministerio de Educación Pública, debe brindar esta ayuda tienen, necesariamente, que responder a criterios claros, precisos y objetivos si desea actuar dentro del cauce del respeto al Derecho de la Constitución, específicamente acorde con los principios de igualdad, (numeral 33 de la Carta Política), razonabilidad, proporcionalidad y los que se derivan del principio cristiano de solidaridad social (artículo 74 constitucional)."

Nota: El destacado no es del original.

Por otro lado, en nuestro país a falta de ley especial, ha sido costumbre de las autoridades gubernamentales incluir el estímulo o subvención salarial a ciertos centros educativos privados, dentro de la Relación de Puestos asociadas a las normas de ejecución presupuestaria de cada período fiscal, costumbre que data de los años 70, según lo indica la Contraloría General de la República en su informe contenido en el oficio FOE-EC 112 del 13 de marzo del 2006.

En dicho informe el órgano contralor señala

"El Ministerio de Educación Pública tiene establecida una *costumbre* que data de hace muchos años de estimular a algunos centros educativos privados, especialmente de organizaciones religiosas, *mediante la asignación de subsidio que consiste en la cancelación directa del salario de parte de la planilla docente y/o administrativa de dichos centros*. Años atrás, la asignación de dichos recursos se incluía en forma detallada en la relación de puestos correspondiente al Ministerio de Educación Pública, que se incorporaba en las correspondientes leyes de presupuesto ordinario y extraordinario de la República. Este proceder permitía visualizar en dichas leyes el número y clases de puestos, así como las sumas por concepto de salarios que, en última instancia, representaban el subsidio directo otorgado por el Ministerio a los centros educativos privados."

Esta costumbre tiene, por tanto, un sustento constitucional y legal, al ser una práctica reiterada en las Leyes de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República de cada Período Fiscal, y como tal es fuente de derecho. Sobre ello la jurisprudencia constitucional ha dicho:

"La costumbre puede ser una fuente de derecho constitucional aun en países de derecho escrito cuya Constitución es rígida. Se entiende como costumbre, la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder por parte de los órganos superiores del Estado, al margen y aun en contra del texto de la Constitución, y la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse, siempre y cuando no afecte un derecho fundamental o al sistema político o económico." (Voto 2771-03 Sala Constitucional.)"

Por otra parte, en las consideraciones jurídicas externadas por el órgano contralor en el Informe FOE-EC-112 del 2006, retoma la opinión jurídica emitida por el ente procurador, y estima que:

"La promulgación de la ley constituye una acción necesaria y conveniente en esta materia, ya que a través de esta se pueden definir claramente los criterios que deberá tomar en cuenta el Estado para otorgar este tipo de subvenciones, con lo cual los operadores jurídicos sabrán a ciencia cierta, a qué atenerse."

Asimismo, en el oficio citado, la Contraloría General de la República, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, indica al Ministerio de Educación Pública lo siguiente:

- "1.- Ordenar de inmediato, que se *efectúen ajustes necesarios en la relación de puestos del Ministerio de Educación, para diferenciar las subvenciones salariales* que se efectúan a las organizaciones de educación privadas de aquellas que corresponden a los empleados del Ministerio. Esta diferenciación debe con signarse en el próximo proyecto de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República.
2. Ante la falta de regulaciones sobre el manejo de dichos subsidios, ordenar que, *en el término de 30 días hábiles* contados a partir de la recepción del presente oficio, *se efectúe un estudio que derive en la redacción de un proyecto de ley que norme esta actividad*, para ser enviado a la Asamblea Legislativa o, en su defecto, que se gestione la emisión de un decreto ejecutivo con las regulaciones pertinentes.
3. Ordenar de inmediato, a quien corresponda, *que se realicen las acciones para la suscripción de convenios con cada uno de los centros de educación privada que reciben subsidios de parte del MEP*, en donde se establezcan criterios claros y objetivos que regulen los derechos y obligaciones de las partes y, en especial, que le garanticen al Ministerio el cumplimiento a cabalidad de los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, al incentivar a los centros de educación privados." (El destacado no es de su original)

Ante las anteriores disposiciones del órgano contralor, el Ministerio de Educación Pública no elaboró un proyecto de ley, sino que optó por emitir el Decreto Ejecutivo NI. 33550-MEP, publicado en la Gaceta N. 27 del 07 de febrero del 2007, cuyo cuerpo normativo pretende regular el otorgamiento del estímulo estatal a los centros docentes privados, y al cual se hará referencia en el siguiente acápite.

V.- Marco jurídico aplicable

1 Normativa constitucional

La libertad de enseñanza privada es una libertad pública; el estímulo a la iniciativa privada en materia de educación un man-

dato constitucional, aspectos que se reconocen y tutelan respectivamente en los artículos 79 y 80 de la Constitución Política; estas disposiciones constitucionales textualmente dicen:

"Artículo 79: Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado".

"Artículo 80: La iniciativa privada en materia educacional merecerá el estímulo del Estado, en la forma que indique la ley."

La doctrina costarricense, representada por el Doctor Rubén Hernández Valle, dice que bajo la noción de libertad de enseñanza coexisten tres nociones íntimamente relacionadas entre sí: a) el derecho de enseñar; b) el derecho de aprender y c) el derecho de escoger sus propios maestros.

El *derecho de enseñar* existe cuando un hombre está autorizado para transmitir a otros su ciencia o sus creencias. El *derecho de aprender* consiste en que toda persona puede, sujeta únicamente a sus propias aptitudes intelectuales, pretender adquirir la misma instrucción que han alcanzado otros semejantes. Finalmente, el *derecho de escoger sus propios maestros* implica la diversidad de los organismos dedicados a la enseñanza y la igualdad de prerrogativas.

Asimismo, el Doctor Hernández ha dicho que la libertad de enseñanza privada no solo comprende el *derecho de aprender* (implica la libertad que tiene toda persona para elegir sus maestros y, por ello, el tipo de educación que desea recibir; libertad que es ejercida, en el caso de los niños, a través de sus padres), sino que también lleva implícito el *derecho de fundar, organizar, dirigir y administrar centros docentes privados* (que el Estado está obligado a estimular, según el citado artículo 80 constitucional).

Por su parte, la Sala Constitucional, en el Voto NQ 3550-92 de las 16:00 hrs. del 24 de noviembre de 1992, desarrolla el contenido de la libertad de enseñanza privada, en los siguientes términos:

"C - Sobre la Libertad de Enseñar y la Libertad de Aprender:

V - No cabe duda de que el *Derecho de la Constitución*, tanto

directamente, por el texto mismo constitucional, cuanto mediante la incorporación de los derechos fundamentales con sagrados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (art. 48, recogido, además, por los 1, 2 inciso a) y 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), *reconoce como un principio básico de su régimen de educación y de cultura la existencia de un derecho fundamental -o garantía, en el lenguaje constitucional- a la libertad de enseñanza, incluso reforzándolo con el deber del Estado de estimular la iniciativa privada en el campo de la educación.* Como rezan textualmente los artículos 79 y 80 de la Carta:" (El destaque no es de su original)

"X. El hecho de que la *enseñanza* sea, precisamente, un "*derecho de libertad*" implica, entre otras cosas:

a) Que se trata por su *naturaleza*, por su ubicación y contenido constitucionales y por su posición en el Derecho de los Derechos Humanos -tanto interno como internacional- de un verdadero "*derecho fundamental*", por ende derivado de la "*intrínseca dignidad del ser humano*" -en la expresa definición de la Declaración Universal-, *no de la voluntad del Estado ni de ninguna autoridad política o social, los cuales tienen el deber -y solamente el deber, no el derecho ni la opción- de reconocerlo como tal derecho fundamental, a favor de todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna; de respetarlo ellos mismos, sin violarlo, ni manipularlo, ni escamotearlo, por medios directos o indirectos, desnudos o encubiertos; y de garantizarlo frente a todo y frente a todos, poniendo a disposición los mecanismos jurídicos y las condiciones materiales necesarios para que esté al alcance de todos y por todos pueda ser gozado efectivamente;*

b) Que, por ser precisamente *un derecho humano fundamental, quien lo actúe lo hace a nombre propio, en ejercicio de una actividad de la que es titular y no de una concesión o permiso del poder público, el cual puede, a lo sumo, y siempre que lo haga por los órganos competentes y mediante el ejercicio de simples poderes de tutela, "inspeccionarlo", valga decir, vigilar su ejercicio para garantizar, precisa y únicamente, el equilibrio armónico entre la libertad de educación del que la ofrece -educador- y la libertad de educación del que la recibe -educando-, así como fiscalizar su cumplimiento y eventualmente sancionar su incumplimiento;*

c) Que el mismo *equilibrio armónico entre la libertad del educador*

y del educando faculta y obliga al Estado, dentro de rigurosos límites de razonabilidad y proporcionalidad, a exigir a los establecimientos privados de enseñanza requisitos y garantías mínimos de curriculum y excelencia académica, de ponderación y estabilidad en sus matrículas y cobros a los estudiantes, de una normal permanencia de estos en los cursos y a lo largo de su carrera estudiantil, del respeto debido a sus derechos fundamentales, en general, y de otras condiciones igualmente necesarias para que el derecho a educarse no se vea truncado o gravemente amenazado; pero eso sí, sin imponerles a los primeros fines ni rígidos contenidos ni invadir el campo razonable de su autonomía administrativa económica, ideológica, académica y docente -recuérdese que no hay autonomía mayor que la de la libertad-. Que por ser, a su vez, una "libertad" -un "derecho de libertad" le convienen las condiciones, atributos, efectos y garantías de la libertad en general, la cual, entendida como ausencia de coacción arbitraria, es uno de los derechos humanos fundamentales -o más fundamentales-, como que se asienta en la base misma de todo el sistema democrático constitucional-. Ella significa, desde el punto de vista jurídico, que existen actos de los particulares que el Estado no puede suprimir, alterar, restringir ni controlar, aun mediante o con fundamento en una ley. Estos actos son, en primer lugar, los aludidos por la Constitución como "acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero" (Nota: lo destacado no es del original).

Adicionalmente, es importante recordar que el Tribunal Constitucional en su Voto N. 6509-02 (2642-01) supracitado, manifestó que "el artículo 80 de la Constitución constituye un verdadero mandato para el Estado, y por tanto un derecho para la iniciativa privada en esta materia, que puede hacerse valer frente al Estado".

A pesar de que el artículo 80 constitucional es considerado una "norma autoaplicativa", que contempla un título habilitante para que el Estado pueda brindar estímulo a los centros de enseñanza privada sin que exista una ley como lo estipula dicho artículo, en realidad la regulación de derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de ley, siendo que conforme los artículos 11 y 121 inciso 1 de la Carta Magna corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa, dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica.

Desde el punto de vista constitucional, este proyecto de ley se relaciona con el artículo 80 de la Constitución Política, por cuanto la propuesta busca precisamente emitir una ley que desarrolle una especie de estímulo estatal a la enseñanza privada que puede derivarse, entre otros estímulos, de los que en forma genérica puede otorgar el Estado con sustento en esta norma constitucional.

2.- Instrumentos jurídicos internacionales

En Costa Rica existen varios instrumentos jurídicos internacionales vigentes, con un valor superior a las leyes, que tutelan el derecho de educación y la libertad de enseñanza, la cual se bifurca en los derechos de enseñar, de aprender y de escoger sus propios maestros; entre ellos están:

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos

La Sala Constitucional ha indicado en su jurisprudencia que el derecho-libertad de aprender está consagrado especialmente para los menores, en diversos instrumentos internacionales vigentes en nuestro país, con valor incluso superior a las leyes que les reconocen los artículos 7 y 48 de la Constitución Política; entre ellos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 26 dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 26.- 1. *Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.*

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz

3. *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.*" (Lo destacado no es del original)

b) La Convención Americana de Derechos Humanos

Dentro del Capítulo III referido a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 26 se contempla:

"Artículo 26

Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

c) Convención sobre los Derechos del Niño

Este instrumento en su artículo 28 incisos 1 y 2 señala respecto al derecho de educación de los niños, lo siguiente:

"Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ejercer ese derecho, deberán en particular

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la educación general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de ayuda financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la educación superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones de educación profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de escolaridad.

2.- Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar para que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención."

d) Protocolo a la Convención Derechos Económicos Sociales, San Salvador

Con respecto al derecho de educación y la libertad de enseñanza, el Protocolo a la Convención Derechos Económicos Sociales San Salvador dispone en sus artículos 13 y 16, en lo que interesa, lo siguiente:

Artículo 13 Derecho a la educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
 - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b) La enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d) Se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible,

la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados Partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados Partes.

"Artículo 16 Derecho de la niñez

(...)Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo."

e) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En relación con la libertad de los padres de escoger escuelas distintas a las creadas por las autoridades públicas en su artículo 13.3 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece:

"Artículo 13

"3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

Al respecto agrega nuestro órgano constitucional en el Voto N. 3550-92 de las 16:00 hrs. del 24 de noviembre de 1992 que, este

derecho de toda persona a educarse y educar a sus hijos en un centro de enseñanza que considere acorde con sus creencias no podría garantizarse si sólo hubiera disponible una opción educativa o, lo que equivaldría a lo mismo, si el Estado ejerciera sobre la educación privada un control tal que implicara identificarla o uniformarla, de derecho o de hecho, con las instituciones de enseñanza estatal. Con otras palabras, no sería sino con grave cercenamiento de la libertad de elegir el que sólo pudiera hacerse respecto de instituciones privadas cuya enseñanza fuera equivalente o prácticamente equivalente a la oficial o pública.

La libertad de aprender se complementa, a su vez, con el derecho de enseñar, consagrado en la Constitución y en los instrumentos internacionales, así, el artículo 13 del Pacto Internacional citado, luego de establecer el derecho de los padres y tutores a escoger escuelas diferentes a las creadas por el Estado, estipula en su párrafo 4:

"4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado".

El derecho de las personas a escoger la enseñanza que deseen no podría garantizarse si no hubiera libertad para crear y organizar instituciones de enseñanza con capacidad para decidir libremente su actividad académica y docente, administrativa y financiera, cultural y espiritual, sometidas tan sólo a la intervención necesaria de las autoridades públicas, apenas para garantizar los derechos de los educandos y los valores fundamentales del orden social; de otro modo, la libertad de elegir se vería seriamente lesionada, pues la única opción disponible sería la del Estado o la impuesta por él.

3.- Legal

Aunque no existe una norma legal que disponga algo sobre la forma en que el Estado debe estimular económicamente los centros de educación privada, las únicas normas legales que guardan alguna relación con esa materia objeto de esta iniciativa

son: *El Código de Educación*, Ley N. 181 del 18 de agosto de 1944 (artículos 414 al 422) y *la Ley Fundamental de Educación*, N. 2160 de septiembre de 1957 (Capítulo VI artículos 33 al 37). De esta última ley citamos textualmente dichos artículos

"CAPITULO VI

De los Establecimientos Privados de Educación

ARTICULO 33.- Los establecimientos privados de enseñanza estarán sometidos a la inspección del Estado, de conformidad con el artículo 79 de la constitución Política.

ARTICULO 34.-

Anulado.(Por resolución de la Sala Constitucional No. 3550 de las 16 horas del 24 de noviembre de 1992, se declara inconstitucional y se anula por conexidad este artículo, cuyo texto disponía lo siguiente: "Para que adquiera validez oficial la educación que imparten los establecimientos privados, el Consejo Superior de Educación deberá: a) Aprobar sus propósitos, planes de estudio y programas de acuerdo con el reglamento que con ese objeto se dicte; b) Autorizar la expedición de certificados y títulos que sean de categoría o validez legal similar a los oficiales; y c) Ejercer la vigilancia necesaria para que sus cuadros de profesores y funcionarios administrativos estén formados por personas que reúnan las condiciones señaladas por el artículo 38").

ARTICULO 35.-

La educación que se imparta en los establecimientos privados será necesariamente democrática en su esencia y en su orientación general. Se regirá por los principios y objetivos en que descansa esta ley.

ARTICULO 36.-A las instituciones privadas de enseñanza tendrán acceso todos los educandos sin distinción de raza, religión, posición social o credo político.

ARTICULO 37.-

Los establecimientos docentes de carácter privado, que impartan las lecciones en idiomas extranjeros, cuyos estudios

hayan sido equiparados con los oficiales, y hayan obtenido el reconocimiento de validez legal de sus certificados o diplomas, deben ajustarse a las siguientes condiciones:

- a) Por lo menos la mitad del total de lecciones debe ser dada en Castellano; y
- b) Los cursos de Geografía e Historia Patrias y Educación Cívica deben ser servidos por profesores de nacionalidad costarricense, y el de Castellano por profesores cuya lengua materna sea ese idioma.

4.- Decretos ejecutivos

A falta de una norma expresa sobre la materia en estudio, el Poder Ejecutivo emitió el Reglamento de Otorgamiento de Estímulo a la Iniciativa Privada en Materia de Educación por Parte del Ministerio de Educación Pública, N. 33550-MEP del 7 de febrero de 2007, con el fin de regular lo relativo a la subvención a las instituciones privadas. Contra este decreto se han planteado varios recursos de amparo y acciones de inconstitucionalidad.

Del contenido normativo de dicho Decreto Ejecutivo se presentan los siguientes comentarios:

1.- Conforme el artículo 1° del citado decreto, el reglamento se encarga de regular lo relativo al otorgamiento de estímulos a la iniciativa privada en materia de educación, en atención a lo dispuesto por el artículo 80 de la Constitución Política.

Sobre este particular esta asesoría comparte la opinión de la Contraloría General de la República externada en el oficio supra-citado, en el sentido de que no obstante que el artículo 80 constitucional representa una norma que habilita al Estado para estimular la iniciativa privada en materia de educación, y con base en ella el Ministerio de Educación cancela directamente el salario de parte del personal docente y/o administrativo de algunos centros de enseñanza privada, en una suma cercana a los 5.000 millones anuales, es necesaria una legislación específica que permita regular adecuadamente el estímulo que realiza el Ministerio. Además, considerando que la norma constitucional citada indica que "la iniciativa privada en materia educacional *merecerá estímulo del Estado, en la forma que indique la ley*" lo conveniente sería emitir una ley que defina claramente los criterios y parámetros que debe

tomar en cuenta el Estado para otorgar este tipo de subvenciones, de tal modo que el otorgamiento de estos beneficios se efectúe en estricto apego a los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad y de tal forma que los operadores jurídicos y los centros educativos privados subvencionados puedan saber a ciencia cierta a qué atenerse.

2. En el artículo 77 se establece que todo estímulo que otorgue el Ministerio de Educación se brindará por el plazo para el que fuere aprobado el proyecto educativo propuesto hasta un máximo de cinco años, pudiendo valorarse al final la renovación del otorgamiento.

Respecto a esta disposición, solo debe indicarse que los artículos 77 y 78 de la Constitución Política garantizan el derecho a la educación como un proceso continuo e integral, desde la preescolar hasta la universitaria.

3. Los tipos de estímulo que otorga el Ministerio de Educación Pública a la iniciativa privada son contemplados en el artículo 3 del decreto mencionado, el cual a la letra dice:

"Artículo 3.- Tipología de estímulos que otorga el MEP. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política y sobre la base del interés público, se determina que el Ministerio de Educación Pública podrá otorgar los siguientes tipos de estímulos, sea en forma conjunta o separada, a saber:

- a) *Facilitación de personal docente o administrativo docente*, para el desarrollo de funciones propias de su condición de educador en el centro educativo privado.
- b) *Transferencia de recursos económicos (dinero)*, con el fin de brindar soporte en algún proceso educativo de particular interés o el pago de educadores contratados en relación laboral común por el centro educativo privado, conforme el interés público.
- c) Participación de los docentes del centro privado, en algún proceso de capacitación a educadores que se organice o financie el Ministerio de Educación Pública, para sus servidores.
- d) Participación de la comunidad estudiantil de un centro privado, en actividades culturales o de promoción educativa (tales como ferias científicas, etc.), que organice el Ministerio de Educación dentro del Sistema Educativo Público.
- e) Préstamo o arrendamiento de instalaciones educativas propiedad del Ministerio de Educación Pública.

f) Cualesquiera otras modalidades de estímulo que se consideren oportunas y sean previamente autorizadas por la Contraloría General de la República."

Nota: lo destacado no es de su original

De la norma citada destacan los estímulos de facilitación de personal y transferencia de recursos económicos; ambos constituyen los principales mecanismos por medio de los cuales los colegios subvencionados podrían seguir percibiendo el estímulo estatal

4.- El procedimiento de otorgamiento, la calificación, los parámetros para establecer el tipo de educación que el Estado estimulará y la naturaleza de la relación de los docentes con las autoridades del centro de enseñanza se contemplan en los artículos 5, 6 y 7 de este reglamento.

Al respecto el artículo 5i señala el procedimiento para el otorgamiento de facilitación de personal docente y administrativo docente, el cual incluye como requisito la presentación de la solicitud formal del centro educativo privado, la cual debe incluir entre otros aspectos: el nombre del Centro Educativo a favor de quien se solicita el estímulo estatal, la descripción del proyecto educativo por realizar y del tipo de estímulo que se tiene interés en recibir, la justificación de la necesidad de recibir el estímulo y el sometimiento al régimen jurídico y autorización de acceso a información y fiscalización de la debida utilización de los recursos.

Por su parte, de conformidad con el artículo 6., los docentes destacados en los centros educativos privados mantendrán su relación de jerarquía con el Ministerio de Educación Pública, siendo que con las autoridades del centro educativo privado tendrán una relación de dirección técnica, debiendo coordinar los educadores lo que corresponda con las autoridades del centro educativo. Se incluye la posibilidad de que las autoridades del centro privado soliciten la sustitución del personal asignado, para lo cual deberán presentar una solicitud razonada para tal fin, la que se decidirá en única instancia dentro del plazo de quince días hábiles por parte del Viceministerio Académico.

Por último, el artículo 7Q establece el procedimiento de otorgamiento de transferencia de recursos económicos en dinero,

según el cual las instituciones educativas privadas podrán solicitar al Ministerio de Educación Pública que les otorgue transferencia de recursos para atender algún proyecto educativo en concreto, debiendo cumplir al menos con los siguientes requisitos:

- a) Le serán, en lo compatible, los requisitos estipulados en el artículo 5° del reglamento.
- b) Estar certificados como idóneos para administrar fondos públicos, por parte de la Contraloría General de la República.
- c) Entregar un informe trimestral detallado de la utilización de los recursos al Departamento de Centros Privados.
- d) Debe aclararse que, si el recurso se utiliza en el pago de docentes o administrativo docentes, la condición de patrono la ostentará el centro docente privado y bajo ninguna circunstancia el Ministerio de Educación Pública.

Las instituciones educativas privadas que reciban dinero como parte del estímulo estatal, podrán ser sujeto de actividades de fiscalización, sea mediante la atención de requerimientos específicos o por la inspección in situ que se podrá realizar por parte del Ministerio de Educación Pública, todo sin perjuicio del régimen fiscalizador superior de la hacienda pública que ejerce la Contraloría General de la República.

Sobre este decreto se han presentado Recursos de Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad, por parte de estudiantes y padres de familia de los colegios católicos subvencionados que pertenecen a la Asociación Nacional de Educación Católica (ANA-DEC); al respecto se utiliza como referencia el recurso de amparo que se tramita bajo el expediente 07-00455-0007 CO, para conocer algunos de los argumentos básicos, los cuales son:

1. Los colegios católicos subvencionados se fundaron al amparo del artículo 79 de la Constitución Política, que garantiza la libertad de enseñanza y su modelo educativo se inspira en los principios religiosos de la Doctrina Social de la Iglesia Católica y del carisma propio de la congregación religiosa que dirige cada colegio.

Cada institución educativa aceptó colaborar con el Estado mediante un modelo educativo tripartito sustentado constitucionalmente en el artículo 80 de nuestra Carta Magna y

legalmente en las leyes de presupuesto de cada año, a raíz de la explosión demográfica de nuestro país en los años 50 y 60, que deriva en los años setenta en un incremento significativo de la población estudiantil y una imposibilidad del Gobierno de dar respuesta a la demanda educacional en las instituciones públicas.

2. El estímulo estatal percibido hasta la fecha por los colegios generó un modelo de colaboración tripartito en donde participan el Estado, la Iglesia o las Congregaciones Religiosas y los padres de familia, el cual consiste básicamente en que:

1 El Estado asume el pago, en forma directa e individualizada, de los salarios del personal necesario para el desarrollo del plan de estudios oficial;

2 Las Temporalidades de la Iglesia o las Congregaciones Religiosas aportan respectivamente la infraestructura física (edificios, aulas, canchas) laboratorio, mobiliario, equipos, material didáctico, servicios complementarios y especializados, conservando las potestades de administración del centro educativo, así como la posibilidad de proponer y remover el personal que se nombrará en cada período lectivo y

3 *Los Padres y Madres de familia*, por su parte, aportan una mensualidad destinada al enriquecimiento del currículum, los gastos propios del mantenimiento de la infraestructura y el financiamiento del sistema solidario de becas estudiantiles.

Dicho estímulo estatal para esta clase de modelo educativo no se contempla ni en forma tácita ni expresa en ninguno de los artículos que conforma el cuerpo normativo del Decreto Ejecutivo.

3. El Reglamento contenido en el Decreto Ejecutivo 33550- MEP fue elaborado sin observar el procedimiento de consulta previa establecido en el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública. Esta norma dispone que se otorgará: a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongán a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignados en el anteproyecto".

4. Transforma la naturaleza jurídica de la relación laboral existente con el personal y las autoridades institucionales,

convirtiéndolas en relaciones de empleo público al disponer, en lo que interesa, en su artículo 6: "los docentes destacados en los centros educativos privados mantendrán su relación de jerarquía con el Ministerio de Educación Pública y con las autoridades del centro educativo privado, tendrán una relación de dirección técnica."

En consecuencia, consideran los recurrentes que se despoja a las autoridades del colegio de sus potestades de gobierno y administración, tanto sobre el proceso educativo y formativo que se ofrece como sobre la administración del personal que incluye potestad de proponer y remover.

5. Señalan también estos colegios y la ANADEC que después de más de 30 años de recibir el estímulo del Estado, con el decreto se imponen plazos de vigencia al subsidio, en primera instancia para ese año 2007 se fija en 6 meses, según se desprende de las disposiciones transitorias y, por otro lado, en caso de que las autoridades o funcionarios del Ministerio consideren que el Colegio cumple con los requerimientos ambiguos establecidos en el Decreto, su vigencia se extiende a un máximo de 5 años, pudiendo ser menor a su criterio, lo cual no garantiza la continuidad del proceso educativo a los educandos.
6. Los colegios han recibido el estímulo estatal independientemente de su zona geográfica y características de su población estudiantil; su participación en el modelo obedeció a razones históricas derivadas del incremento demográfico sufrido en los años 50 y 60, donde por iniciativa estatal se invitó a participar a estos centros docentes dentro de un modelo tripartito. Asimismo, señalan que en el decreto se ignoran las razones que dieron origen al estímulo y consolidaron el modelo; por el contrario, existe un riesgo inminente de pérdida del estímulo de los colegios, cuando señala:
 - a) En su artículo 11., qué tipo de educación merecerá el estímulo estatal: "la atención de la población con necesidades educativas especiales y la de poblaciones que tengan una limitación socio económica importante para su desarrollo y acceso a la educación."
 - b) Deja a criterio subjetivo de los funcionarios de este Ministerio y del gobierno de turno, determinar si este proyecto educativo atiende esa población o tiene una incidencia en el ámbito social, para renovar el otorgamiento del subsidio, al decir en este mismo artículo lo siguiente: "Dependiendo del proyecto educativo por realizar y la incidencia en el ámbito social, la administración podrá

decidir renovar el estímulo otorgado en concordancia con el fin altruista que se desarrolle, todo en función del interés público en esta materia desde el nivel constitucional."

7. Desconoce las razones históricas y las relaciones jurídicas consolidadas a lo largo de más de 35 años, cuando establece en su artículo 12° que el estímulo a la iniciativa privada en materia de educación constituye un interés legítimo y no un derecho subjetivo.
8. Además, indican que realmente quienes reciben el estímulo estatal no son los centros docentes, sino los estudiantes, así como sus padres y madres de familia; ellos al final son los verdaderos beneficiados con el estímulo, pues el subsidio salarial a los colegios permite que sus matrículas y mensualidades sean bajas, cuyo promedio mensual es de 23.000 colones, siendo la más baja de 2.500 colones en la Escuela Sión de Turrialba y la más de alta es donde se subsidia el salario de solamente tres educadores.

Nota al Editor

"Asamblea Legislativa. Depto. de Servicios Técnicos. 30 de setiembre del 2008. DST-102-2008.

Me refiero a su oficio R-2008-345 del pasado 25 de setiembre, en el cual solicita autorización de esta Dirección para publicar en la revista *Acta Académica*, el informe de Servicios Técnicos sobre el Expediente N. 16.578 "Subvención estatal de pago de salarios al personal docente y administrativo de las instituciones privadas de enseñanza".

Al respecto le manifiesto que para este Departamento es un honor que uno de nuestros informes técnicos sea publicado por un medio de comunicación y formación de la calidad de la revista *Acta Académica*, que, en opinión de la suscrita, representa un referente de obligada consulta en la reflexión y el debate jurídico de los temas que afectan la vida nacional. // Sin otro particular, le saluda cordialmente, Gloria Valerín Rodríguez, DIRECTORA."