

El arco de Heráclito: La inmanente tensión armónica entre los derechos

The Bow of Heraclitus: The Immanent Harmonic Tension Between Rights

O Arco de Heráclito: A Tensão Harmônica Imanente Entre Direitos

L'Arc d'Héraclite: la tension harmonique immanente entre les droits

赫拉克利(Heráclito)特斯的拱门:权利之间的内在和谐张力

Camilo Blanco¹ y Carlos Martínez²
Universidad Nacional de Colombia - Colombia

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 129-163

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e455>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/10/2020

¹ Abogado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en derecho constitucional y magíster en derecho de esa misma institución educativa. Magíster en políticas públicas, derecho administrativo y desarrollo territorial de la Universidad Pierre Mendès en Francia y magíster en argumentación jurídica de la Universidad de Alicante - España. Actual Subdirector Administrativo y Financiero del IDEP. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6385-0836>).

² Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Con estudios de Filosofía en la Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional. Máster en Derecho de la Universidad de Alicante. Con experiencia docente en la Universidad del Rosario y en la Universidad Nacional. Experiencia en la elaboración de ponencias y ensayos académicos y en la formación de funcionarios judiciales. Experiencia en la Alcaldía de Bogotá, en la Corte Constitucional y en la Fiscalía General de la Nación. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6749-6352>).

Resumen: El presente trabajo pretende exponer la tensión entre derechos agudizada por la Pandemia del Covid-19, y proponer, teniendo como base de toda interpretación, el Derecho a la Educación, una forma, razonable y constitucionalmente admisible de resolver esta tensión. Para hacer esto, el texto está dividido en cuatro partes. En la primera parte se ofrece una idea general de las tensiones y su inevitabilidad como forma básica del constitucionalismo moderno. En la segunda parte se expone el derecho a la educación, los elementos que la componen y el desarrollo que han tenido en la jurisprudencia de la Corte, para tener la perspectiva más cierta de su contenido. En la tercera parte, se desarrolla la tensión que se presenta en la situación actual y se intenta responder a la pregunta de cómo resolverla de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y los derechos involucrados y se propone el desarrollo del derecho fundamental de acceso a la internet. Finalmente, en la cuarta parte, se presentan las conclusiones del texto.

Palabras clave: Derecho, Educación, Constitución, conflicto de derechos

Abstract: This work aims to expose the tension between rights exacerbated by the Covid-19 Pandemic, and to propose, based on all interpretation, the Right to Education, a reasonable and constitutionally admissible way to resolve this tension. To do this, the text is divided into four parts. The first part offers a general idea of tensions and their inevitability as a basic form of modern constitutionalism. In the second part, the right to education is exposed, the elements that compose it and the development that they have had in the jurisprudence of the Court, in order to have the most certain perspective of its content. In the third part, the tension that arises in the current situation is developed and an attempt is made to answer the question of how to resolve it in accordance with the jurisprudence of the Court and the rights involved, and the development of the fundamental right of access to the Internet. Finally, in the fourth part, the conclusions of the text are presented

Keywords: Law, Education, Constitution, conflict of rights

Resumo: Este trabalho tem como objetivo expor a tensão entre direitos exacerbados pela Pandemia Covid-19 e propor, com base em todas as interpretações, o Direito à Educação, uma forma razoável e constitucionalmente admissível de resolver essa tensão. Para isso, o texto está dividido em quatro partes. A primeira parte oferece uma ideia geral das tensões e sua inevitabilidade como forma básica do constitucionalismo

moderno. Na segunda parte, expõe-se o direito à educação, os elementos que o compõem e a evolução que tiveram na jurisprudência do Tribunal, para se ter a perspectiva mais certa de seu conteúdo. Na terceira parte, desenvolve-se a tensão que surge na situação atual e procura-se responder à questão de como resolvê-la de acordo com a jurisprudência do Tribunal e dos direitos envolvidos, e o desenvolvimento do direito fundamental de acesso ao Internet. Por fim, na quarta parte, são apresentadas as conclusões do texto.

Palavras-chave: Lei, Educação, Constituição, conflito de direitos

Résumé: Ce travail vise à exposer la tension entre les droits exacerbée par la pandémie Covid-19 et à proposer, sur la base de toute interprétation, le droit à l'éducation, un moyen raisonnable et constitutionnellement admissible de résoudre cette tension. Pour ce faire, le texte est divisé en quatre parties. La première partie offre une idée générale des tensions et de leur inévitabilité en tant que forme de base du constitutionnalisme moderne. Dans la seconde partie, le droit à l'éducation est exposé, les éléments qui le composent et l'évolution qu'ils ont eue dans la jurisprudence de la Cour, afin d'avoir la perspective la plus certaine de son contenu. Dans la troisième partie, la tension qui surgit dans la situation actuelle est développée et une tentative est faite pour répondre à la question de savoir comment la résoudre conformément à la jurisprudence de la Cour et aux droits en jeu, et au développement du droit fondamental d'accès au L'Internet. Enfin, dans la quatrième partie, les conclusions du texte sont présentées

Mot-clés: Loi, éducation, constitution, conflit de droits

摘要: 这项工作旨在揭露(Covid19)大流行加剧的权利之间的张力,并在所有解释的基础上提出受教育权,这是解决这种张力的合理且符合宪法的方式.为此,文本分为四个部分第一部分概述了张力及其作为现代宪政的基本形式的必然性.在第二部分中,公开了受教育权利,构成教育的要素以及它们在法院判例中的发展,以便对其内容有最确定的看法.在第三部分中,发展了当前局势中出现的紧张局势,并试图回答如何根据法院的判例和所涉权利解决这一问题的问题,以及发展获取人权的基本权利的问题互联网最后在第四部分中介绍了本文的结论.

关键字: 法律, 教育, 宪法, 权利冲突

Introducción

Una de las características de los sistemas Constitucionales modernos en la paradoja que se deriva de la discrepancia entre las expectativas y las experiencias. El derecho, como sistema de regulación surge como medio para estabilizar -objetivar- (Kelsen) estas expectativas, tratando de hacerlas razonables, tolerables para la sociedad. Al tiempo, estas expectativas encuentran, sobre la base de estos mismos sistemas, formas de expresión que apuntan a cuestionar y poner en tensión constante las estabilizaciones alcanzadas por el sistema. En otras palabras, podría decirse que los sistemas constitucionales son el intento por estabilizar las expectativas por medio de la regulación, al tiempo que procura su propia inestabilidad sobre la base de las expectativas. Es, por tanto, la tensión constante la que define al Estado Constitucional.

Los Derechos -humanos y fundamentales- parecen ser la materialización de esta paradoja, estabilizan y promueven la constante oscilación y desequilibrio de las expectativas de las personas. En situaciones particulares, estas tensiones se rompen en favor de ciertas expectativas, siendo preferible siempre su resolución razonable en favor del mantenimiento de las tensiones. Es decir, una buena práctica de interpretación constitucional consiste en, mantener las tensiones en lugar de simplemente romperlas, expresando la mejor versión de cada una, dada la situación particular. Esto por supuesto puede ser comprendido como una práctica conservadora, en el sentido de suponer que la “buena práctica de interpretación constitucional” a la que aquí se hace referencia, no es otra cosa que la disolución de las tensiones entre los derechos y aún más, de las contradicciones internas que existen entre ellos y que expresan conflictos sociales profundos con demandas densas para los Estados.

Por supuesto no es esa la pretensión de este texto. Al contrario, la hipótesis en la que se basa es que uno de los elementos que caracteriza *una buena práctica de interpretación constitucional* consiste en que, partiendo de la noción de la

tensión inmanente de los derechos, la agudiza en algunos casos y siempre la mantiene, de forma que sean posibles, por una parte la expresión constante y explícita de los conflictos entre los derechos y sus contradicciones y los conflictos sociales que expresan, y por la otra, la posibilidad siempre abierta de nuevas, mejores y más adecuadas interpretaciones de las cláusulas constitucionales sobre derechos.³

La coyuntura actual parece poner a prueba esta hipótesis en varias situaciones particulares. Una de ellas -paradigmática- es el Derecho a la Educación. Es paradigmática, porque una de las promesas fundamentales de la modernidad y de los sistemas constitucionales que la pusieron en práctica, consiste en la idea de la Libertad y como forma de expresión de ésta, la noción de que, pese a la experiencia presente, es posible variar la experiencia futura. Quién nace pobre, no está -prima facie- destinado necesariamente a morir pobre. Si existe un mecanismo por el que se considere posible que sea posible esta movilidad social -esta discrepancia entre experiencias y expectativas- es la Educación.

La situación resultante de la pandemia generada por el COVID-19, ha hecho que, en Colombia, el derecho a la educación se vea afectado de manera profunda, agravando las desigualdades y poniendo en cuestión todas las promesas de base del Constitucionalismo del 91. En efecto, la obligación del aislamiento ha producido de facto, que muchos niños y niñas, los que pertenecen a los grupos sociales más vulnerables, se queden sin ninguna posibilidad de educación, pues no pueden asistir a la escuela y tampoco tienen los medios para acceder a la educación virtual.

En este escenario y dado que la tensión es inmanente al propio sistema, se ha propuesto como alternativa, el regreso a la educación presencial bajo un *“modelo de alternancia”*, que,

³ Al hablar de “una buena práctica constitucional” en el fondo se está hablando de una epistemología de base que sirve a la interpretación de las cláusulas constitucionales sobre derechos. En este texto no se expone esa epistemología y tampoco, de manera detallada, la metodología de interpretación que presupone.

aunque no ha sido bien explicado, en el mejor de los casos supone que las niñas y los niños, además de los jóvenes que están en la educación superior, comenzarán a asistir por turnos a las escuelas, bajo una metodología que mantendrá la virtualidad como presupuesto del funcionamiento de la alternancia.

Esta propuesta, además de las contradicciones internas que contiene, implica la tensión de varios derechos que entran en juego, por lo menos tres: el derecho a la educación, el derecho a la salud y el derecho al trabajo.

El presente texto pretende exponer esta tensión y proponer, teniendo como base de toda interpretación, el Derecho a la Educación, una forma, razonable y constitucionalmente admisible de resolver esta tensión. Para hacer esto, el texto está dividido en cuatro partes. En la primera parte se ofrece una idea general de las tensiones y su inevitabilidad como forma básica del constitucionalismo moderno. En la segunda parte se expone el derecho a la educación, los elementos que la componen y el desarrollo que han tenido en la jurisprudencia de la Corte, para tener la perspectiva más cierta de su contenido. En la tercera parte, se desarrolla la tensión que se presenta en la situación actual y se intenta responder a la pregunta de cómo resolverla de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y los derechos involucrados y se propone el desarrollo del derecho fundamental de acceso a la internet. Finalmente, en la cuarta parte, se presentan las conclusiones del texto.

I. La Tesis de la Inmanente tensión armónica de los derechos

Cuando se revisan los documentos internacionales sobre Derechos Humanos, es posible constatar que, en todos, o en casi todos, se establecen como presupuestos la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos entre ellos y la interdependencia entre los Derechos Humanos y la Democracia. En el primer sentido significa, de manera general, que los derechos

humanos están unidos por un mismo cuerpo de principios y que todos están situados a un mismo nivel, lo que implica que no hay derechos más importantes que otros. Significa, además, que todos los derechos humanos están interrelacionados.⁴ En el segundo sentido significa que, no hay democracia si los derechos de las personas no son respetados y, que el respeto de los derechos presupone una organización social y política que se materializa en el régimen democrático.⁵

No obstante, los Derechos encarnan visiones, momentos, valores e interpretaciones diversas y a veces contradictorias, entre ellos, sino que, además, cuando se pretende su realización en la práctica expresan oposiciones aparentemente irresolubles e inconmensurables, que a su vez manifiestan las tensiones entre los regímenes políticos en los que los derechos se desarrollan y los derechos mismos.

Es posible identificar por lo menos tres explicaciones de estas tensiones. Una que tiene su origen en el paradigma socio-cultural en el que surgen los derechos; otra que se deriva de la exploración del proceso histórico y político en el que surgieron las nociones básicas de los derechos, y una tercera, que alude a las cargas morales que encarnan y representan los derechos considerados como categorías individuales. Las tres, son explicaciones del mismo fenómeno y en ese sentido son simplemente perspectivas de un mismo objeto y por tanto pueden considerarse complementarias hasta cierto punto. Este texto no agota ninguna de las tres perspectivas. Expone sus ideas

⁴ Al respecto, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por otra parte, la Declaración de Teherán de 1968 afirma que los derechos son indivisibles, en el sentido que, la realización de los Derechos Civiles y Políticos resulta imposible sin la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En un sentido similar, la Resolución 32/130 de la Asamblea General de las Naciones Unidas institucionalizó el uso de los principios de indivisibilidad e interdependencia.

⁵ Para una problematización de esta idea y su desarrollo, Uprimny Rodrigo, La Unidiversidad de los Derechos Humanos: Conceptos de Democracia e Interpretación Jurídica., en Pensamiento Jurídico No. 9- 1998, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

fundamentales y las tienen como referencia de la hipótesis de base para ilustrarla.

Pero ¿qué justifica que se adopten estas tres perspectivas y no otras? En primer lugar, las tres son perspectivas bien desarrolladas de la idea de la *tensión inmanente de los derechos* y tienen a la base esta misma concepción, a saber, que los derechos son categorías cuya expresión completa, inteligibilidad y desarrollo, tienen sentido cuando se analizan como expresión de una tensión, que no sólo es genealógica sino además ontológica, y por tanto constante. En segundo lugar, las tres, ofrecen explicaciones que, desde el punto de vista crítico (filosófico-sociológico), histórico-interno (teoría de la Constitución) e interno-filosófico (filosofía del Derecho), apoyan esta hipótesis. En tercer lugar, son perspectivas teóricas que en su desarrollo, no sólo apoyan la idea de la tensión sino que la explican y la fomentan, aun cuando lleguen a conclusiones que pueden considerarse opuestas, expresando otra idea implicada en la inmanencia, que consiste en la diversidad de expresiones de la tensión. Finalmente, las tres apoyan, de manera implícita y explícita, la segunda hipótesis densa de este texto, que consiste en afirmar que *toda tensión en los derechos, su expresión y resolución en nuevas tensiones, debe tener como punto de partida y perspectiva de desarrollo, que el Derecho -guarda coherencia con esta idea de tensión y sus expresiones- si es visto, comprendido, desarrollado y empleado, como una herramienta en favor de las personas o grupos más desaventajados en la sociedad* (Gargarella, 1999).

Estas dos hipótesis, que en realidad configuran una sola -la de la tensión inmanente ligada a la tesis de la interpretación en favor de los grupos desaventajados-, permiten no sólo que no se caiga en lo que se denomina los espejismos convencionales de los derechos -humanos-, sino que salvaguarda la idea de la necesidad constante de nuevas y mejores interpretaciones de los derechos (Santos, 2014).

Como se mencionó antes, la discrepancia entre experiencias y expectativas (Santos, 2006),⁶ es la primera de las explicaciones. Esta tensión surge como resultado del paradigma sociocultural en el que surgen los derechos. De acuerdo con esta concepción, la Modernidad inaugura en Occidente un cambio en la tradición hasta ese momento imperante. Por primera vez, las personas no están determinadas por su origen. En este sentido, las expectativas de las personas exceden sus experiencias, a partir de las promesas de la Modernidad que se fueron haciendo creíbles con la idea del progreso. Quien nace en una familia pobre puede volverse rico con el tiempo; o ilustrado a pesar de haber nacido en una familia sin ninguna educación. Según Santos, esta discrepancia se apoya en los dos pilares en los que sea descansa el paradigma de la Modernidad: regulación y emancipación. La regulación es el conjunto de reglas, instituciones y prácticas que estabilizan las expectativas; en tanto la emancipación expresa las aspiraciones dirigidas a aumentar la discrepancia de origen y a poner, en este sentido, en cuestión el statu quo, deslegitimando las reglas, instituciones y prácticas de la regulación. Así pues “[l]a modernidad se fundamenta, entonces, en una tensión dinámica entre el pilar de la regulación y el pilar de la emancipación”.

Ahora bien, tanto el pilar de la regulación como el de la emancipación descansan sobre principios que confieren sentido a la acción social. Los principios de Estado, mercado y comunidad, configuran el pilar de la regulación. El Estado estabiliza las expectativas al establecer un horizonte concreto de posibilidades legítimas. El principio de mercado, estabiliza las expectativas al garantizar que, dentro de aquellas que se consideran legítimas, existe una posibilidad de imposición por medio de la promoción del propio interés en el mercado. El principio de comunidad implica obligaciones horizontales que relacionan a

⁶ Todo el aparte del texto que se refiere a la tensión resultante de la discrepancia entre experiencias y expectativas está basada en este artículo.

los individuos por fuera del Estado y del mercado, estabilizando las expectativas al definir qué puede esperar un grupo dentro de los límites fijados por el Estado y por fuera del mercado.

El pilar de la emancipación está constituido por tres racionalidades: la estético-expresiva; la cognitivo-instrumental y la moral-práctica. Cada una de estas racionalidades desestabiliza el horizonte de expectativas posibles al crear posibilidades de futuro que exceden la relación política vigente entre experiencias y expectativas (Santos, 2006). Su diagnóstico crítico, afirmará que este paradigma, dada la ambición de sus promesas, llevaba consigo la semilla de la frustración: *“Cada pilar, basado como lo está en principios abstractos, tiende a maximizar su potencial -bien sea la maximización de la regulación o de la emancipación- obstaculizando así el desenvolvimiento potencialmente infinito de la tensión entre ellos. Análogamente, cada pilar consta de principios independientes y funcionalmente diferenciados, cada uno de los cuales tiende a desarrollar una vocación maximalista (Santos, 2006).”* Su conclusión, si bien apunta al mantenimiento de la tensión inicial, se desarrolla por fuera del paradigma de la modernidad, lo que implica una repolitización del Derecho en la que la legitimidad desborda los límites de la legalidad.⁷

La segunda de las explicaciones sobre la *tensión inmanente* afirma que, aunque contemporáneamente se asume que los derechos y la democracia están en una relación de implicación lógica; esto no es así y que se requiere una concepción que dé cuenta de las tensiones entre los derechos y entre los derechos y la democracia. Esto, porque la democracia es un concepto complejo que no admite una sola noción. Así, la democracia como teoría sobre el origen de la soberanía, puede conllevar en la práctica, un poder que ponga en riesgo los derechos siempre y cuando las decisiones se fundamenten en la voluntad popular.

⁷ Para una concepción desde el punto de vista liberal de la legitimidad por vía de la legalidad, Habermas Jürgen ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad? En DOXA, No. 5_02 (Trad. Manuel Jiménez Redondo), 1988.

Por tanto, para ciertas versiones de la democracia radical, los derechos suponen obstáculos a la soberanía del pueblo, en tanto para las concepciones liberales, las decisiones e imposiciones mayoritarias pueden implicar riesgos para los derechos por lo que es necesario establecer mecanismos como el control judicial de las leyes por medio de Tribunales Constitucionales, que es un mecanismo claramente contramayoritario (Uprimny, 1998).⁸ Por otra parte, asumir de manera simple la unidad y universalidad de los derechos, desconoce que éstos incorporen tradiciones -y cargas morales- diversas, de modo que no siempre son compatibles y tampoco pueden ser satisfechos al mismo tiempo, por lo que su aplicación mecánica puede conllevar la paradoja de vulnerar especificidades culturales. Esto permite explicar, porque sistemas constitucionales robustos que se desarrollan en democracias firmes, pueden, en las mismas circunstancias fácticas -formales- llegar a conclusiones distintas, pues en todo caso, las interpretaciones no están desprovistas de contenido ni de contexto.

La ventaja de esta teoría de la tensión, consiste pues, en hacer explícitas las tensiones existentes entre derechos y entre derechos y democracia, por una parte, exponiendo los orígenes histórico-constitucionales de modo que sea posible la búsqueda de alternativas razonables con la ventaja de la retrospectiva. Por otra, permite entender y valorar mejor, las respuestas que distintos sistemas constitucionales con los mismos presupuestos, les dan a estos problemas, sobre la base de contextos diversos que muestra caras distintas del mismo sistema de derechos. Finalmente permite, entender que la tensión inmanente de los derechos, es una tensión armónica que encarna un programa moral, político y jurídico por construir.

La tercera explicación de la tensión, se enmarca dentro de la filosofía del derecho y parte de la distinción entre reglas y principios. Según esta teoría, la distinción entre reglas y

⁸ La referencia a esta segunda explicación está basada por completo en este texto.

principios es útil, porque permite entender cómo, en la práctica, los Tribunales constitucionales resuelven los casos en los que los derechos se enfrentan. Así, mientras en los casos, en los que se enfrentan reglas, la decisión se base en la prevalencia de una sobre otra, cuando se enfrentan principios, que contienen derechos, no hay una prevalencia simple de una sobre la otra, sino que aplica una ponderación entre ambas que permite la realización de los principios en tensión sin que ninguno de los dos sea eliminado.

Pero esta no es la única característica que los distingue. Según Alexy el criterio decisivo de distinción consiste en que los principios, contrario a lo que ocurre con las reglas que suponen todo o nada, ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas y por tanto se distinguen de las reglas en que son mandatos de optimización, pues aquello que ordenan puede ser cumplido en diversos grados. El campo de posibilidades jurídicas está determinado, según Alexy, por principios y reglas que juegan en sentido contrario (Alexy, 1988).⁹ Por el lado de las reglas, éstas sólo pueden ser cumplidas o no y, por tanto, si es válida, incluye las determinaciones fácticas y jurídicas de lo posible. Así pues, si es posible cumplir lo ordenado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas se trata de un principio, si esto sólo es posible en una medida se trata de una regla. Lo que esto significa es que en tanto una regla establece los supuestos de hecho en los que resulta aplicable y las consecuencias jurídicas, en el caso de los principios, esta estructura no se cumple, lo que implica que, siempre que se está ante un principio hay un margen de incertidumbre -prima facie- sobre su aplicabilidad, el grado de cumplimiento y su relación con los otros principios.

Ahora bien, según Alexy, la incorporación de principios en el sistema jurídico no es un problema sólo metodológico. Afecta

⁹ Todas las referencias a esta tercera teoría sobre la tensión inmanente se basan en este texto.

a todo el sistema pues le imprime un determinado carácter que se refuta o se afirma con su inclusión, pues dicha tarea de optimización, no sólo es jurídica desde el punto de vista formal, sino que se convierte en una tarea moral desde el punto del contenido de los principios. En este sentido, involucrados los principios, como están en efecto en la Constitución de 1991, el sistema está comprometido en dicha tarea de optimización, de lo contrario reniega de la condición básica que le confiere la identidad de sistema jurídico en un sentido moderno. El problema de esto, no es sólo que el compromiso denso que esto implica, sino que, desde el punto de vista metodológico no hay un orden claro de prioridad de los principios, es decir, no hay una teoría que, en cada caso establezca las relaciones de prioridad ni abstractas ni concretas entre los principios, por lo que en principio dichas relaciones en los casos concretos terminan siendo cuestiones de interpretación, más aún, si se entiende que la diferencia entre principios y valores es sólo una cuestión de “punto de vista”, en el sentido que, si se trata desde el punto de vista axiológico se está ante una cuestión de valores, si es desde el deontológico de principios.¹⁰

Como no es posible un orden que defina las relaciones de prioridad entre principios -a priori-, pero tampoco es razonable que las decisiones -sobre este orden- en los casos concretos sean definidas por el intérprete, las colisiones de principios se resuelven por medio de lo que Alexy llama ponderación. Esta metodología desarrolla una serie de pasos por medio de los cuáles es posible atribuir, en un caso determinado en el que dos principios colisionan, un orden de prioridad. Su virtud, entre muchas, no sólo es el hecho mismo de ofrecer un método racional de resolución de conflictos entre cláusulas usualmente densas dentro de las Constituciones, sino además, que tiene la una pretensión de objetividad y consiguientemente de universalidad, en el sentido del imperativo categórico kantiano, lo que

¹⁰ Este es justamente el riesgo en el que las teorías de corte positivista contemporáneo se anotan un punto y una crítica sería en contra de esta teoría de los principios.

cumple con el postulado básico de la igualdad de respeto. En conclusión, esta metodología de interpretación -de solución de la tensión entre derechos- establece entonces que, los principios en cuanto mandatos de optimización, exigen su realización (de aquello que es su contenido, es decir, lo que ordenan) en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas.

De las tres explicaciones de la tensión entre derechos, esta última es la que ofrece de forma más sistemática una metodología de resolución de las tensiones que desemboca en una teoría de la argumentación jurídica.¹¹ Además tiene la ventaja de ser la metodología que utiliza la Corte Constitucional para resolver los casos prácticos que se le presentan; es por eso que, en este texto la propuesta de resolución de la tensión que plantea el modelo de regreso a las aulas de clase propuesto por el Gobierno, se hará con esta metodología.

II. El Derecho a la Educación en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En la introducción de este texto al fin de plantear la hipótesis de la tensión armónica inmanente entre los derechos, se afirmó que la Educación como derecho parece ser la muestra paradigmática de la tensión inmanente de los Estados Constitucionales. Podría afirmarse que esta idea es discutible, pues en el origen de la filosofía liberal que sustenta los valores fundamentales de las sociedades modernas y los sistemas constitucionales están la libertad y la autonomía, cuyo *uso adecuado* sientan las bases de la independencia. Esto es cierto sólo parcialmente; pues parte de un punto de vista genealógicamente ingenuo sobre la

¹¹ Una explicación de esto es que, mientras las dos primeras se dedican a exponer la tensión y las dificultades que esto implica para los derechos a fin de encontrar en pasos subsiguientes una posible solución que se fundamente en las razones de fondo de sus teorías; en el caso de Alexy el procedimiento parece ser el contrario; la metodología de resolución de las tensiones -es decir, la teoría de la Argumentación Jurídica- le sirve para exponer la tensión de los derechos.

libertad y la autonomía, porque, aunque partimos de este supuesto, las condiciones para el ejercicio de la libertad no nos están dadas de entrada de manera igual. Es en este sentido en el que opera de inicio, la relevancia de la educación como herramienta para la realización de otros de los derechos básicos que consagra la Constitución (Sen, 2010; Nussbaum 2007, 2012).

Pero ¿cuál es el tipo de educación que se supone, cuando se habla aquí del derecho a la educación? En otras palabras ¿existe una educación que como derecho no se ajuste al contenido de lo que se entiende en la perspectiva aquí expuesta por Derecho a la Educación? Parte de la discusión es esa. No obstante, este texto no se ocupa de este debate y, dado que el enfoque de su perspectiva es Constitucional, asume sobre el Derecho a la Educación lo que la Corte Constitucional ya ha dicho sobre su contenido. Teniendo en cuenta esto, este acápite expone de manera resumida, los elementos y las subreglas elaboradas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la educación.

En todo caso, dada la centralidad del derecho a la educación -en este texto- y en los Estados Constitucionales modernos comprometidos con la Igualdad, es posible afirmar que el derecho a la educación al que se refiere la Constitución de 1991 implica no simplemente la asimilación de datos y contenidos culturales -por ejemplo referidos a las propias tradiciones y al orgullo nacional- sino además, la proposición de desafíos para las capacidades intelectuales, de modo que la inteligencia se haga cada vez más activa y competente, dotada de pensamiento crítico para un mundo complejo (Nussbaum, 2011), de modo que sea posible la construcción progresiva de un sociedad decente (Margalit, 2010).

La actual Constitución Política amplía las dimensiones de los contenidos y garantías del derecho a la educación. La educación es reconocida por el artículo 67 Superior como un derecho fundamental (Góngora, 2003) y, además, como un servicio público que presta una función social e impone deberes para

el Estado, la sociedad y la familia. Por su parte, la Corte Constitucional ha afirmado que la educación tiene tres dimensiones que la afectan: es un derecho fundamental, es un deber, y es un servicio público, principalmente, a cargo del Estado.

El derecho a la educación como derecho-deber, tiene un alto carácter subjetivo. La subjetividad de este derecho se refiere a la relación existente entre la norma jurídica que lo consagra; las obligaciones de garantía por parte del Estado, la sociedad, la familia y del propio educando; y la posición jurídica de exigencia de las personas (Arango, 2005). Por su parte, el alto grado de importancia del derecho a la educación está determinado por las garantías reforzadas consagradas para su protección, en la medida en que este puede ser defendido mediante la acción de tutela en dos circunstancias: cuando se trate de proteger el derecho de los niños (Art. 44 C.P), y cuando, por conexidad, se viola otro derecho de carácter fundamental, como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso (Botero, 2006).

En tanto servicio público, el Estado tiene la obligación de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional ”(Artículo 365 de la Constitución Política de 1991). Las obligaciones específicas del Estado se ubican en el terreno de las garantías de gratuidad, calidad, cubrimiento, aseguramiento de las condiciones para el acceso y la permanencia, financiación, garantía a las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, formación moral intelectual y física de los educandos, profesionalización y dignificación de la actividad docente (Alcaldía Mayor de Bogotá y SED, 2007, p. 76). Cabe resaltar que la Constitución Política de 1991, en su Artículo 68, faculta a instituciones privadas para prestar el servicio de educación; frente a estos, el Estado tiene funciones de inspección y vigilancia. La Corte Constitucional ha sostenido que por ser la educación un servicio público con una función social, es viable rechazar el manejo exclusivamente patrimonial de los establecimientos educativos.

Ahora bien, en lo que se refiere a los componentes básicos del derecho a la educación: disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad, estos presentan las características que, de manera general, se exponen a continuación.

La disponibilidad implica la exigencia de un sistema educativo público, con escuelas suficientes y la planta de docentes requerida para atender las necesidades del servicio¹². Este componente, también, involucra la posibilidad que los particulares puedan fundar establecimientos educativos, siempre que tengan profesores idóneos y suficientes. En este sentido, la Corte Constitucional ha fijado sub-reglas constitucionales en relación con: “i) la obligación estatal de crear y financiar instituciones educativas; ii) la libertad de los particulares para fundar dichos establecimientos y iii) la inversión en recursos humanos y físicos para la prestación del servicio”(Corte Constitucional, Sentencia T-743/13).

Por su parte, la accesibilidad implica que las instituciones y los programas de enseñanza deben estar al alcance todos los niños, en igualdad de oportunidades y sin discriminación, especialmente, de los grupos más vulnerables. En desarrollo de este componente básico de la educación, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre: i) la no discriminación; ii) la accesibilidad material o geográfica; y iii) el acceso y costos académicos.

La adaptabilidad, en el sistema educativo, se traduce en la obligación de generar medidas que aseguren que los estudiantes permanezcan en el sistema educativo (Corte Constitucional, *ibídem*), reconociendo las particularidades y el contexto social y

¹² El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en su observación general 13, formula que: “debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.”.

cultural en el que éstos se desenvuelven. La Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que la institución educativa debe justificar su decisión de interrumpir el servicio de la educación. Del mismo modo, el alto Tribunal ha afirmado que cuando el reglamento interno del colegio o el manual de convivencia estipulen una sanción para un comportamiento determinado, esta solo será una causal de justificación de la suspensión del servicio a una persona, si dicho reglamento respeta los derechos fundamentales del educando, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad o el debido proceso, entre otros. En este sentido, la Corte Constitucional, al abordar el componente de la permanencia en el sistema educativo, se ha ocupado de los siguientes problemas legales: i) los límites a los intereses económicos de las Instituciones educativas; ii) el libre desarrollo de la personalidad; y iii) el debido proceso en la implementación de las sanciones.

La calidad se logra según lo ha afirmado la Corte Constitucional: “a través de metodologías y procesos pedagógicos sólidamente fundamentados en la teoría y la práctica, dirigidos y orientados por docentes especialistas en las distintas áreas, que con dedicación y profesionalismo conduzcan el proceso formativo de sus alumnos.”(Corte Constitucional, Sentencia T-433/97). Además, este alto Tribunal y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, han considerado que una educación aceptable implica: i) un adecuado control y vigilancia de la actividad educativa, ii) la prohibición de castigos físicos y tratos humillantes o degradantes, iii) la adopción de medidas destinadas a garantizar que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías étnicas y iv) la capacitación de los docentes (Corte Constitucional, Sentencia T-743/13).

Lograr una educación de calidad es, precisamente, uno de los mayores desafíos que se plantean para el futuro de la educación. Al respecto, se debe precisar que la ONU, hace más de una década, planteó como uno de los objetivos del milenio: “la

enseñanza primaria universal”¹³ (ONU, 2000). Recientemente, dicho Organismo reconoció el aumento en el acceso a la educación de niños y niñas (ONU, 2015, numeral 15). De igual manera, el Organismo, consciente de haber centrado esfuerzos en un solo componente de la educación (la accesibilidad), en la *Agenda para el desarrollo después de 2015* planteó una nueva visión del mundo en la que se promueva la alfabetización universal, con “(...) *acceso equitativo y universal a una educación de calidad en todos los niveles (...)*” (ONU, 2015, numeral 7). En este orden de ideas, se amplió el compromiso, procurando que para el año 2030 la disponibilidad, la accesibilidad, la permanencia y la calidad en la educación, sean una realidad para todos (ONU, 2015, numeral 25).

En el caso de Colombia, la Procuraduría General de la Nación ha puesto de presente la deuda educativa nacional generada por la acción del Estado, que se ha concentrado en la cobertura y ha desatendido aquellos factores que, en últimas, contribuyen a la consecución de una educación de calidad. En suma, la política global de educación entre los años 2000 a 2015, se focalizó en la accesibilidad. (PGN, 2006). Garantizado este componente, el siguiente reto será construir una educación de calidad.

Según Góngora (2003), la asequibilidad busca satisfacer la demanda educativa a través de la oferta pública, lo que significa que el Estado tiene la obligación de establecer o financiar instituciones educativas (p. 44). Del mismo modo, la disponibilidad supone la protección de la oferta privada. Esto significa que el Estado debe abstenerse de prohibir a los particulares la fundación de Instituciones educativas.

La Observación General Número 13, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Consejo Económico

¹³ En efecto, al tenor del numeral 19, los Estados miembros decidieron: “(...) Velar porque, para ese mismo año, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria y porque tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a todos los niveles de la enseñanza”.

y Social de la Organización de las Naciones Unidas, se refiere con respecto a la disponibilidad cuando formula que: “Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.”

Por su parte, la Corte Constitucional ha manifestado que este elemento de la educación está compuesto por: “i) la obligación estatal de crear y financiar instituciones educativas; ii) la libertad de los particulares para fundar dichos establecimientos y iii) la inversión en recursos humanos y físicos para la prestación del servicio” (Sentencia T-743/13).

Como anteriormente se anotó, el componente de disponibilidad se traduce en el deber del Estado de establecer o financiar instituciones educativas, lo que incluye a las zonas urbanas y a las rurales.

Precisamente sobre las barreras que existen en el sector rural, se ha pronunciado en varias ocasiones el Alto Tribunal, afirmando que: “Las dificultades propias de la prestación del servicio público de educación en ciertas localidades apartadas de los centros urbanos, no debilitan la obligación institucional de mantener la prestación del servicio en condiciones aceptables. (...) Los alumnos de una pequeña escuela campesina tienen derecho a recibir un servicio que les permita transcurrir por todo el proceso educativo sin encontrarse en condiciones de inferioridad frente a educandos provenientes de otros centros de enseñanza (...)”(Sentencia T-467/94).

En otro pronunciamiento, al referirse al derecho a la educación de los menores en zonas rurales, el Alto Tribunal consideró

que las escuelas deben estar disponibles en todos los centros poblados o a una distancia razonable para que niños y niñas puedan asistir. También, que los centros educativos deben contar con condiciones materiales mínimas exigidas para prestar el servicio educativo. Finalmente, se deben nombrar docentes idóneos en cantidad suficiente para atender la demanda educativa en forma continua¹⁴. La dilación en los procedimientos administrativos para la definición de plantas de personal, no es una excusa válida para relevar a las autoridades competentes de la obligación de asegurar la efectividad del derecho constitucional a la educación (Sentencia T-963/04).

Tampoco son admisibles, como pretexto, las perturbaciones del orden público, ya que la Administración local, en concurso con la Fuerza Pública, están en el deber de tomar las medidas pertinentes, para que maestros y alumnos puedan contar con un ambiente de seguridad y protección en el desarrollo de sus labores académicas (Sentencia T-963/04). Precisamente, en aras de salvaguardar la seguridad de los estudiantes y el interés superior de los menores, es posible inaplicar la normatividad que precisa el número mínimo de estudiantes que debe tener una escuela rural (Sentencia T-690/12). En consecuencia, es viable el nombramiento de un docente sin tener en cuenta el número mínimo de niños matriculados, que puede corresponder o no a lo consagrado en la normatividad.

Así por ejemplo, en la sentencia T-690/12, la Corte Constitucional se pronunció sobre el amparo invocado por los padres de un menor que debía recorrer largos trayectos por zonas con dificultades de orden público, porque la escuela de la vereda

¹⁴ Este fue el pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a una acción de tutela interpuesta para proteger el derecho fundamental a la educación de un menor de edad, que sería vulnerado por la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander, al no proveer un maestro para la Escuela Rural del municipio de Tibú. Aunque en este caso se demostró que la situación que generó el proceso había sido superada con la contratación de un docente, la Corte Constitucional decidió revocar la sentencia de primera instancia, que negó la tutela, y en su lugar concedió el amparo solicitado.

había sido cerrada por la ausencia de docentes. En este caso, el Alto Tribunal concedió el amparo solicitado y ordenó la asignación de un docente para la reapertura de la escuela existente en la vereda siendo viable inaplicar el artículo 11 del Decreto 3020 de 2002, respecto del número mínimo de estudiantes que debe haber en una zona rural para la ubicación de personal docente.

En lo que se refiere a la cobertura del sistema educativo, el Estado está en la obligación de ampliarla progresivamente. Esto significa que la prestación del servicio educativo por parte del Estado debe sujetarse al principio de progresividad¹⁵.

Dicho principio, según la Corte Constitucional, comporta: “(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv) la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos”.¹⁶

Ahora bien, la prohibición de retroceso no es absoluta, lo que significa que puede ser objeto de límites. De este modo, la adecuada utilización de los recursos públicos o las necesidades más apremiantes, pueden justificar la modificación de políticas públicas o normas jurídicas que impliquen un retroceso. Al respecto, la Corte recientemente se pronunció, justamente en el marco del derecho a la educación y el acceso a internet. Más adelante se hablará de esta Sentencia.

¹⁵ El principio de progresividad, encuentra su fundamento, entre otras, normas en el artículo 4º del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁶ Sobre el contenido del principio de progresividad pueden leerse, entre otras, las siguientes sentencias: C-629/11, C-372/11, C-1165/00, C-1489/, C-981/04, C-038/04.

III. La Directiva 011 del Ministerio de Educación-Derechos

El 29 de mayo de 2020, el Ministerio de Educación profirió la Directiva No. 011 (Ministerio de Educación, 2020). Esta directiva tiene el objetivo de establecer *Orientaciones para la prestación del servicio educativo en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19*. Dentro de las orientaciones impartidas está el regreso a clases presenciales bajo el modelo de alternancia. Dice en algunos apartes esta Directiva:

2. Orientaciones para un retorno gradual y progresivo a los establecimientos educativos: Las condiciones de la pandemia indicarán a las autoridades sanitarias la posibilidad de dar comienzo, a mediano plazo, al proceso de retorno de la población estudiantil a la modalidad presencial. Es así que corresponde al sector educativo, en coordinación con todos los sectores involucrados, avanzar en los meses siguientes, con el alistamiento de las condiciones de bioseguridad, administrativas, técnicas y pedagógicas para facilitar la transición progresiva de las actividades escolares a las instituciones.

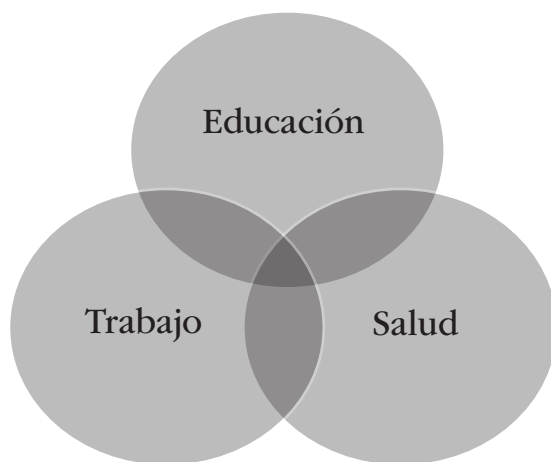
Reanudar las actividades en los establecimientos educativos, conlleva un proceso gradual que complementará el trabajo académico en casa y combinará diferentes opciones para desarrollar las interacciones entre docentes y estudiantes. A esto se refiere el concepto de alternancia que resalta la necesidad de conjugar distintas variables y circunstancias que estarán presentes en la prestación del servicio educativo, en el marco de la emergencia sanitaria y de acuerdo con las necesidades de cada territorio.

El concepto implica una combinación del trabajo académico en casa, complementado con encuentros periódicos presenciales e integración de diversos recursos pedagógicos, así como la asistencia al establecimiento educativo debidamente organizada, de acuerdo con el análisis particular de contexto del establecimiento educativo y otras variantes que puedan surgir, observando las medidas de bioseguridad y distanciamiento social.

El análisis de las condiciones de cada establecimiento educativo con respecto al tipo de servicio que presta, a su capacidad instalada, al número y características de la población que atiende, al equipo docente, a la adecuación para responder a las medidas de Calle 43 No. 57 - 14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C. PBX: +57 (1) 222 2800 - Fax 222 4953 www.mineduccion.gov.co - atencionalciudadano@mineducacion.gov.co bioseguridad, al comportamiento de la pandemia en su territorio, entre otros, permitirá establecer el alcance del esquema de alternancia aplicable para cada establecimiento educativo.

En este contexto ha surgido un debate por la conveniencia, por una parte, y por la otra, la necesidad de volver a las clases presenciales. En términos de la metodología antes mencionada para la resolución de tensiones entre derechos, de lo que se trata es de evaluar si dadas las condiciones fácticas y jurídicas, la medida contenida en la mencionada directiva es constitucional o no. Es decir, si es adecuada y necesaria -desde el punto de vista de las condiciones fácticas- y si es proporcional -desde el punto de vista de las condiciones jurídicas.

Los derechos que entran en tensión en este caso son: el Derecho a la Educación en el centro del debate; el derecho al trabajo y el derecho a la salud. Aunque el derecho a la vida hace parte del debate en este análisis no se incluye por dos razones. En primer lugar, porque su primacía en el orden de relaciones parece definirse a priori; en segundo lugar, porque en el presente caso, el derecho a la salud contiene las preocupaciones más auténticas sobre el bienestar físico de los sujetos involucrados. Introducir en la tensión la vida parece artificial, pues es poco razonable suponer que a las autoridades del Gobierno Nacional, les importa poco el derecho a la vida. La sobreposición de los derechos se presenta de la siguiente forma:



Cada derecho conserva sus fronteras de autonomía, aunque cada uno se superpone a otro y se encuentran en un punto los tres. En este sentido, este es un modelo básico de tensión entre derechos. Lo que esto implica es que: **(i)** los tres están en el mismo nivel; **(ii)** por tanto, los tres conservan las dimensiones fundamentales de su contenido -sus fronteras-; **(iii)** en algún punto el ejercicio de cada uno se sobrepone o colisiona y, por tanto, entra en tensión, con otros derechos. Lo primero que se puede decir de los tres derechos en tensión es que los tres son derechos fundamentales; por tanto, no hay una prevalencia a priori en el orden de relación de ninguno sobre otro. Ahora, como ya se tiene claro el contenido constitucional del derecho a la educación, es necesario explorar cuál es el contenido que la jurisprudencia de la Corte les ha dado a los otros dos derechos. Aunque es claro que el contenido de los derechos se modela con relación a las circunstancias fácticas del caso; las referencias que aquí se hacen expresan el contenido mínimo abstracto de cada derecho.

El derecho al trabajo de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional involucra, no sólo la dimensión más básica de la realización de la libertad, tanto en sentido positivo como negativo sino, además, otras facetas que

expresan las situaciones en las que dicho derecho se revela como fundamental. En este sentido ha dicho la Corte al respecto:

59. Como ya ha sido explicado, el derecho al trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho, goza de una especial protección del Estado y, a causa de su naturaleza, limita la libertad de configuración normativa del Legislador. En consecuencia, los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo (artículo 53) protegen al trabajador como parte débil de la relación laboral, y el empleador debe cumplirlos a cabalidad so pena de vulnerar los derechos constitucionales del empleado.

60. El primero de ellos es la “*igualdad de oportunidades para los trabajadores*”. Desde sus comienzos, la Corte Constitucional ha precisado que el trabajo no consiste en el derecho a ejercer un trabajo o un cargo específico, sino en la posibilidad de ejercer la actividad o el cargo que se desee, dentro de las condiciones reales del mercado laboral, lo que implica un vínculo con el derecho a la igualdad de oportunidades de acceso al trabajo.

61. El segundo principio enunciado en el artículo 53 superior es el derecho a una “*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*”. A este respecto, la jurisprudencia ha definido el mínimo vital como “*las sumas indispensables para satisfacer en condiciones de dignidad humana las necesidades básicas de una persona*”.¹⁷

De lo anterior se desprende que el mínimo vital es un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, pues posibilita satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino también aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y demás factores insustituibles para la preservación de calidad de vida.¹⁸

¹⁷ Sentencia SU-095 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸ A este respecto, ver sentencias T-157 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa); T-764 de 2008 (MP. Jaime Araújo Rentería); y T-043 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis).

Por lo anterior, el salario hace parte, precisamente, de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el cual debe retribuir debidamente el servicio prestado.

También ha considerado la Corte como componentes básicos de este derecho cuya afectación da lugar a la vulneración del derecho al trabajo en su dimensión fundamental, (i) el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos y la consiguiente limitación de la autonomía de las partes;¹⁹ (ii) el principio de favorabilidad que implica que *“los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social”*(Sentencia T-832A de 2013); (iii) la primacía de la realidad sobre las formas (Sentencia C-200 de 2019)²⁰ y, (iv) el derecho a la estabilidad en el empleo.

Por otra parte, después de la sentencia T-760 de 2008 el derecho a la salud es un derecho fundamental sin discusión y los desarrollos normativos posteriores dan cuenta de este estatus. Al respecto la Ley 1751 de 2015- Ley Estatutaria de Salud, dice lo siguiente:

Artículo 1o. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2o. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud

¹⁹ Sentencia C-356 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz); Sentencia C-070 de 2010 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

²⁰ *“A este respecto, la Sentencia C-614 de 2009 declaró la exequibilidad del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968 tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968. Lo anterior, debido a que la citada norma prohibía al poder ejecutivo celebrar contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente, y tal proscripción estaba acorde con las garantías fundamentales de los trabajadores y con el fin constitucional de impedir el ocultamiento de verdaderos contratos laborales.”*

de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Artículo 30. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional recientemente en la Sentencia T-464 de 2018 (MP. Diana Fajardo Rivera) ha dicho lo siguiente:

3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido de manera reiterada que el derecho a la salud es un derecho fundamental²¹. Adicionalmente, la Ley Estatutaria 1751 de 2015²² recogió los avances jurisprudenciales en la materia y definió legalmente el derecho a la salud como un derecho autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo²³.

²¹ La jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Entre otras sentencias, pueden consultarse al respecto las siguientes: T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-547 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-936 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-418 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T-233 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; T-094 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-014 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²² Ley Estatutaria 1751 de 2015. “*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*”.

²³ Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 2. “*Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en*

Ahora bien, dado que, en el presente caso no sólo está involucrado el derecho a la salud en términos generales sino el derecho a la salud de los niños es conveniente tener en cuenta lo que al respecto ha establecido la jurisprudencia constitucional. En la misma sentencia recién citada se recoge este amparo en esta faceta particular así:

3.2. En relación con los derechos de los niños, el artículo 44 Superior consagra su prevalencia sobre los de los demás y establece, de manera expresa, que el derecho a la salud de los niños es fundamental. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías²⁴.

3.3. Esta protección especial a los niños, niñas y adolescentes en salud también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵, la

lo colectivo. || Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado".

²⁴ Constitución Política. Artículo 44. "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

²⁵ Artículo 24: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la

Declaración de los Derechos del Niño²⁶, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³⁰, entre otros³¹.

Tomando en cuenta este paisaje de los derechos ¿qué ocurre cuando la garantía del derecho a la educación y la consiguiente permanencia en el sistema, se ve afectada por una circunstancia imprevista que obliga al Estado a tomar medidas urgentes y excepcionales?

La Directiva 011 de 2020 del Ministerio parece ser una respuesta a la cuestión de fondo de esta pregunta. Lo que

salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud (...).

²⁶ Dispone en su artículo 4: “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

²⁷ El numeral 2° del artículo 12 establece entre las medidas que deben adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho: “a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”.

²⁸ Artículo 24: “Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

²⁹ Artículo 19: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

³⁰ Artículo 25-2: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

³¹ Corte Constitucional. Sentencias T-037 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-612 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-406 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-177 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-558 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo.

queda por examinar a partir de lo expuesto, es si es la mejor respuesta posible dados los derechos involucrados y el peso que de acuerdo con su contenido tiene cada uno en el sistema constitucional.

Antes de las circunstancias que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia y de -entre otras- las medidas que ha tomado el Ministerio de Educación para mantener la garantía del derecho a la educación, la asistencia física al aula de clase, parecía la forma principal en la que dicha garantía se concretaba. Para garantizar el Derecho a la Educación y hacer frente a la pandemia, el Ministerio ideó y propuso varias estrategias que apuntaban a la continuidad de los procesos de aprendizaje que en teoría permitían que los niños y niñas, accedieran y permanecieran en el sistema (Ministerio de Educación, 2020).

El escenario en el que los tres derechos se encuentran y entran en tensión es la escuela. La noción de presencialidad es la que conlleva la tensión. En el primer nivel de análisis de acuerdo con la metodología de resolución de tensiones, el de las *posibilidades fácticas*, la medida parece adecuada -prima facie-. Es decir, con el objetivo de garantizar el derecho a la educación en sus dimensiones de accesibilidad y de permanencia, el Ministerio toma la decisión de que los niños y niñas -además de los jóvenes que hacen parte de la educación superior-, retornen a las aulas de clase. Además es razonable suponer que la medida de retorno a las escuelas se toma sobre la base de datos ciertos.

Pese a esto, la medida de retorno a las escuelas, aun cuando es gradual ha sido cuestionada, justamente por considerar que pese a que, los datos sobre el control de la pandemia sean ciertos, su interpretación es errónea, pues de ellos no se deriva la adecuación de la medida cuestionada. Al respecto, UNICEF ha recomendado que la reapertura de las escuelas y el retorno a clases, sólo se haga efectivo una vez se garantice la seguridad de los niños, niñas y Maestros (UNICEF, 2020). Sobre el alcance de esta garantía está la discusión. En epistemología y en lógica,

una afirmación fáctica es susceptible de ser ratificada o falseada. Es decir, puede ser verificada. Pese a que la afirmación sobre la pandemia, los datos que soportan la medida de retorno a clases presenciales, son afirmaciones sobre un fenómeno concreto en el mundo, están sujetas a interpretación, es decir, no dan cuenta de un hecho simple, sino que están mediadas por un ejercicio de evaluación crítica cuyas conclusiones difieren en algunos casos con las del Ministerio de Educación. ¿Por qué ocurre esto?

No se trata de ofrecer aquí una explicación epistemológica de la ocurrencia de esto (Quine, 1984, 1986, 2001). Pero el cuestionamiento de los datos que soportan la medida imprime sobre la evaluación de ésta, una nueva perspectiva que la hace aparecer como inadecuada. En resumen, **(i)** dado que el valor de verdad de los datos es cuestionable con buenas razones o por lo menos no ofrecen la certeza que prometen y que **(ii)** el balance de la relación de orden de los derechos hace que el juicio sobre la medida sea que ésta no es adecuada, y por tanto **(iii)** el retorno a clases no es la mejor respuesta posible a la garantía del derecho a la educación y los derechos a la salud y al trabajo en tensión. Dada la estructura lógica de la metodología de la ponderación, si la medida que se evalúa no es adecuada tampoco puede ser necesaria y por consiguiente tampoco es proporcional.

Si esto es así ¿cuál sería una forma adecuada de garantizar el Derecho a la Educación, sin exponer a los estudiantes para garantizar el derecho a la Salud y permitir no sólo la continuidad de los procesos de aprendizaje, sino además el mantenimiento de los puestos de trabajo de los profesores? La respuesta obvia parece ser el fortalecimiento de la Educación virtual y por consiguiente la argumentación en sentido estricto, de un derecho fundamental de acceso a internet que favorezca a los estudiantes en condiciones de mayor desventaja.

Esto no es algo nuevo, sólo se ha hecho más visible en estas circunstancias. Por ejemplo, el Relator de la ONU para la Libertad de Expresión afirmó la necesidad de garantizar el

derecho de acceso a internet, pues éste permite el disfrute de una serie de derechos de modo que, sin esta garantía grupos de personas en condición de vulnerabilidad y desventaja amplían la brecha de desigualdad frente a quienes acceden a este medio de manera masiva (ONU- 2020). En el mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado la importancia que tiene la garantía de acceso a internet en relación con otros derechos fundamentales.

De hecho, recientemente la Corte Constitucional en la Sentencia T-030 de 2020, reconoció el acceso progresivo a internet tiene en la garantía de otros derechos como el Derecho a la Educación y el derecho al trabajo (Uprimny, 2020). La última parte de este texto a manera de conclusión se ocupa de esta sentencia.

IV. Conclusión: El Arco de Heráclito en la era digital- El Incipiente surgimiento del Derecho Fundamental de Acceso a Internet

El Comité DESC publicó en dos documentos, una serie de recomendaciones para los Estados en el Contexto de la Pandemia. Destacó la importancia del acceso a Internet en la transición obligada a la virtualidad, como garantía del Derecho a la Educación, lo que, como lo destaca el profesor Uprimny tiene una enorme importancia jurídica dado que este Comité es el máximo intérprete del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como se mencionó, la Sentencia T-030 de 2020, casi como si fuera una premonición, en enero de este año sentó las bases de un derecho fundamental de acceso a internet. El fallo es el resultado de una acción de tutela interpuesta por 5 madres de niños pertenecientes a una escuela rural a la que, le fue suspendido el servicio de internet, sobre la base del recorte de las transferencias de la Gobernación al Municipio al cual pertenece el centro educativo.

Lo primero que hace la Corte es aclarar el alcance de la solicitud de amparo, pues no se trata simplemente del acceso a

internet en abstracto sino de si, la suspensión o privación del servicio de internet afecta el derecho a la educación de niños, niñas y jóvenes. Aunque la Corte aclara específicamente que el acceso al servicio de internet sea un derecho fundamental en el contexto de la educación, lo cierto es que sienta las bases para que, sobre el principio de progresividad y la regla de no regresividad, el acceso a internet sea uno de los medios esenciales por medio de los cuales se garantiza el derecho a la educación. No se trata de convertir el medio de garantía en la garantía misma, según la Corte, pero, en circunstancias tan excepcionales como las que han dado lugar a la declaratoria de la pandemia, el acceso a internet como medio de garantía adquiere cada vez más importancia, mayor si se considera que permite la realización de otros derechos como la garantía del derecho a la salud y al trabajo en este caso concreto.

En conclusión, la Corte dijo lo siguiente:

4.1. En esta sentencia, la Sala Segunda de Revisión analizó dos expedientes que fueron acumulados por la respectiva Sala de Selección. En el primero, correspondiente al radicado T-6.451.601, se estudió si la Gobernación de Antioquia vulneró el derecho fundamental a la educación de los estudiantes de la Institución Educativa Normal Superior sede CER La Leona, al haber suspendido el acceso al servicio de internet debido a una ostensible reducción de recursos. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, (i) se reiteró que el derecho a la educación de los menores de edad es fundamental; (ii) se concluyó que la decisión del ente territorial constituyó una medida regresiva, por cuanto si bien explicó que buscaba cumplir una finalidad importante, no justificó, de manera suficiente, la efectiva conducencia de la medida para lograr dicha finalidad.

Si bien la Corte salvaguardó las competencias de las autoridades para garantizar el Derecho a la educación, sentó las bases para considerar que el acceso a internet puede ser un medio amparado constitucionalmente cuando su prestación

está ligada a la garantía de otros derechos fundamentales. Este camino ya lo hemos recorrido antes. Derechos que comienzan como medios, para convertirse en derechos de segundo orden y luego van revelando sus facetas fundamentales.

Las circunstancias generadas por la pandemia han acelerado su recorrido y puesto a luz, una nueva tensión sobre la base de los viejos problemas de la desigualdad en todos los niveles. Con todo, la educación sigue estando en el centro del debate y eso obliga a pensar en salidas adecuadas que permitan sino cerrar las brechas de la desigualdad, sí cuando menos pensar en alternativas que favorezcan a los grupos más desaventajados. En las actuales circunstancias, una interpretación en favor de un derecho de acceso a internet -incluidos los medios físicos para acceder- parece ir en esa dirección.

La garantía adecuada de un Derecho a la Educación que no sólo realice los más altos fines de ésta, sino que además sea coherente con la preocupación más humana por el bienestar físico -el derecho a la salud- y el adecuado reconocimiento de lo que puede llamarse apreciación social – derecho al trabajo- (Honnet, 2010), de quiénes se involucran en todos los niveles del proceso educativo, refuerzan esta idea.

Esto es lo que distingue la Educación del Derecho a la Educación que se defiende en este documento, como una Educación adecuada para la libertad y la democracia, orientada a la producción de seres libres, hombres y mujeres que ejercen su ciudadanía no con base en su riqueza o su origen, sino porque son conscientes de sus convicciones y están dispuestos a su refinamiento en el encuentro con otras personas. Hombres y mujeres de distintas clases sociales, preferencias, creencias y orígenes capaces de distinguir entre hábito y convención, entre tradición y cambio, dueños de sus pensamientos y conscientes de su papel en el mundo y de su relación con el medio ambiente y con otras especies, poseedores de una dignidad y un valor que está más allá de cualquier título, posición o clase (Nussbaum, 2005).