

Señores

**DESPACHO 000 - CONSEJO DE ESTADO - SECRETARÍA GENERAL - BOGOTÁ *
(BOGOTÁ)**

Expediente: 2021-04721

Acción de Tutela.

Intervención Amicus Curiae.

Esta intervención *Amicus Curiae* del grupo de investigación del IDEP "La educación al Derecho" tiene como objetivo aportar argumentos e información académica sobre el debate del reingreso a clases, para ello, este documento parte de la idea de que las razones expuestas por quienes quieren mantener el cierre de las escuelas se fundan - paradójicamente- en el miedo y el narcisismo y reniegan del diálogo fundado en la razón, pues cuando se revisan las consecuencias que estos cierres producen en el corto, mediano y largo plazo y las posibilidades ciertas de su reapertura bajo protocolos estandarizados de seguridad, entonces es claro que la reapertura de las escuelas es necesaria y urgente; expresa el deseo de realizar los mejores fines que la Constitución se propone, revela nuestro mejor sentido de simpatía, de compasión y de humanidad.

En la actualidad y derivado del cierre de las escuelas, este proceso de educación, de cultivo de la humanidad se ha visto afectado cuando no, completamente detenido. Las mayores afectaciones las sufren los niños más pequeños y más vulnerables y las consecuencias a corto, mediano y largo plazo son todavía difíciles de calcular, aun cuando es posible adelantar una conclusión: las afectaciones serán enormes, difíciles de reparar en el tiempo y quienes las sufrirán en mayor medida son los niñas, niñas y adolescentes de los grupos más desaventajados.

El documento pretende contribuir a la discusión sobre la reapertura de las escuelas del país, a partir de la revisión de una serie de publicaciones sobre la educación durante la pandemia, el cierre de las escuelas y su reapertura. El texto está dividido en tres partes breves. En la primera se hace un recuento breve de la bibliografía revisada y se exponen las conclusiones de dichos textos. En la segunda se ofrecen razones desde el punto de vista jurídico para

sustentar la razonabilidad de la reapertura de las escuelas. En la tercera parte se presentan algunas conclusiones de la revisión hecha.

VENZAMOS EL MIEDO.

Las razones de la Necesidad urgente de reabrir las Escuelas.

Cuando nos encontramos con el pequeño Vanka Zhúkov y su súplica de rescate de una vida que era en esencia una condena, y nos enteramos de la cotidianidad de esa vida de la que aspira a salir, por medio de un recurso que parece común y mágico -la escritura-, no sólo experimentamos simpatía -y compasión- hacia el pequeño Vanka y el anhelo de que ocurra exactamente lo que él quiere; experimentamos además la sensación de que algo, o todo, no está bien en esa situación, y que podría ser de otra forma que intuitivamente juzgamos mejor. Ese sentimiento que, como todos los sentimientos, se encuentra con la dificultad del lenguaje, puede expresarse -prima facie- de forma satisfactoria, como la sensación de que Vanka es víctima de una injusticia. Entonces, varias cosas podemos comprender. Por un lado, podemos comprender que, al parecer, los niños sienten con todo su rigor, de forma aguda eso que llamamos "la injusticia", de la misma forma que nosotros como adultos; somos capaces de comprender que es posible que esa situación cambie, por nuestra propia acción, a un modo o una forma en la que podamos juzgar que no es injusta. En conclusión, somos capaces de comprender que las injusticias pueden ser superadas; por tanto, no es una situación dada, no es un estado de cosas natural, es un artificio, un capricho.

No se trata por supuesto, de pretender que un mundo perfectamente justo sea posible, sino de algo más práctico; pretendemos que las injusticias más notorias pueden ser reparadas, ajustadas a nociones básicas de igualdad, dignidad y respeto, guiadas -prima facie- por nuestro sentimiento de justicia. Parte de lo que requerimos es justamente la corrección y refinamiento de nuestras creencias, la posibilidad de aprender sobre el mundo y su diversidad y someter nuestras propias convicciones al examen crítico de la razón. Requerimos, en suma, acceso a la educación.

Se requieren habilidades técnicas y especializadas, pero no sólo eso. Antes de esto parece ser necesario entender los problemas que deben enfrentarse en el proceso de transformación de los estudiantes en ciudadanos para la democracia. Personas capaces de reflexionar y discutir sobre la dificultad de conservar instituciones basadas en el respeto y en la protección igualitaria de la ley; capaces de resistir las tentaciones fáciles de la violencia grupal o de los sistemas de jerarquía; de la estigmatización y menosprecio de las minorías; del recelo y denigración de los extranjeros.

Pero puede preguntarse razonablemente ¿cómo es posible este proceso con las escuelas cerradas? Y sobre todo ¿cómo es posible si quiénes están llamados a orientar dicho proceso se niegan a la reapertura sobre la base de razones fundadas en el miedo y la defensa de intereses puramente personales o gremiales?

Es razonable asumir que la pandemia ha puesto en la balanza consideraciones inusuales y tensiones de derechos inadvertidas. Es razonable suponer también que, ante la incertidumbre generada por la pandemia y la desconfianza en las autoridades, el miedo sea la primera respuesta antes las perspectivas de reabrir las escuelas. El miedo es una emoción cronológicamente primaria, venimos al mundo dotados de una buena dosis de miedo y esta emoción incide en las actitudes narcisistas. Varias de las respuestas egoístas a las necesidades urgentes de otros grupos provienen de la incidencia del miedo -y las creencias que de él se derivan- en el juicio.

La apelación constante a la educación implica la idea de que estos juicios pueden ser corregidos, que las emociones pueden ser modeladas y cultivadas y que en tal sentido, la vida en comunidad exige justamente que este proceso se lleve de manera continua y desde la infancia, pues la democracia como sistema político, no exige sólo mecanismos de decisión sino además personas conscientes de su lugar en el mundo y su relación con los otros y con su entorno, capaces de simpatía y de compasión, de superar el miedo y la desconfianza, el narcisismo y los prejuicios a partir del diálogo fundado en la razón, de combatir; personas capaces de conmovirse por la injusticia y de emprender acciones para

disminuirlas o eliminarlas, de reconocer a los otros y sus derechos y renunciar al menosprecio.

Este documento parte de la idea de que las razones expuestas por quienes quieren mantener el cierre de las escuelas se fundan -paradójicamente- en el miedo y el narcisismo y reniegan del diálogo fundado en la razón, pues cuando se revisan las consecuencias que estos cierres producen en el corto, mediano y largo plazo y las posibilidades ciertas de su reapertura bajo protocolos estandarizados de seguridad, entonces es claro que la reapertura de las escuelas es necesaria y urgente; expresa el deseo de realizar los mejores fines que la Constitución se propone, revela nuestro mejor sentido de simpatía, de compasión y de humanidad.

En la actualidad y derivado del cierre de las escuelas, este proceso de educación, de cultivo de la humanidad se ha visto afectado cuando no, completamente detenido. Las mayores afectaciones las sufren los niños más pequeños y más vulnerables y las consecuencias a corto, mediano y largo plazo son todavía difíciles de calcular, aun cuando es posible adelantar una conclusión: las afectaciones serán enormes, difíciles de reparar en el tiempo y quienes las sufrirán en mayor medida son los niñas, niñas y adolescentes de los grupos más desaventajados.

En esta sección se pretende contribuir a la discusión sobre la reapertura de las escuelas en Bogotá, a partir de la revisión de una serie de publicaciones sobre la educación durante la pandemia, el cierre de las escuelas y su reapertura. El texto está dividido en tres partes breves. En la primera se hace un recuento breve de la bibliografía revisada y se exponen las conclusiones de dichos textos. En la segunda se ofrecen razones desde el punto de vista jurídico para sustentar la razonabilidad de la reapertura de las escuelas. En la tercera parte se presentan algunas conclusiones de la revisión hecha.

Parte I.- Las razones que sustentan el Consenso sobre la Necesidad de la Reapertura

Para escribir este texto se revisaron aproximadamente 52 publicaciones, la mayoría de ellas producidas por organismos internacionales, sobre la Pandemia, la educación sobre este tiempo, los efectos que esta circunstancia produce en los procesos de aprendizaje y en los niños y la reapertura de las escuelas. Dentro de esta bibliografía, sólo un texto es de una Universidad colombiana, pero las conclusiones de su estudio coinciden con las de los organismos internacionales.

Si fuera necesario ofrecer unas conclusiones precisas que abarcaran todos los textos sería posible afirmar que todos coinciden en lo siguiente: (i) el cierre de las escuelas produce pérdidas de los procesos de aprendizaje cuya recuperación no sólo es lenta sino que en muchos casos es irreparable, esto porque los sistemas educativos no están preparados para la educación en línea; (ii) expone a mayores riesgos -en muchos casos irreparables también- a las niñas, en este sentido las afecta de manera desproporcionada; (iii) afecta de manera más grave a los niños, niñas y adolescentes de grupos vulnerables; (iv) produce deserción escolar; (v) priva a los niños, niñas y adolescentes de estos grupos, no sólo del derecho a la educación sino que les impide el acceso a otros bienes que de otro modo son de difícil o nulo acceso; finalmente, (vi) con base en estas consideraciones, es urgente y necesario reabrir las escuelas, con protocolos de seguridad estrictos. Veamos.

Por ejemplo, de acuerdo con la OCDE (A framework to guide an education response to the COVID-19 Pandemic of 2020), la evidencia proporcionada por el programa de la OCDE en la Evaluación Internacional de Estudiantes (PISA) muestra que la mayoría de los sistemas educativos que participan esta prueba (2018) está listo para ofrecer a la mayoría de los estudiantes oportunidades para aprender en línea, teniendo en cuenta las condiciones más básicas. Por ejemplo, en promedio, en Países pertenecientes a la OCDE, un porcentaje considerable de los estudiantes no cuenta ni siquiera con un lugar adecuado para estudiar; este porcentaje no es aleatorio, sino que se ubica en el sector de estudiantes pertenecientes a grupos más desfavorecidos. Incluso en Corea con el mejor rendimiento en las pruebas PISA, los estudiantes de la cuarta parte de las escuelas socioeconómicamente más desfavorecidas no tienen un lugar para estudiar en casa.

En relación con la pérdida de aprendizaje, derivado del cierre de las escuelas, otro de los documentos afirma lo siguiente:

“Las restricciones causadas por intervenciones no farmacéuticas como el distanciamiento social también han impactado la educación en todos los niveles, y continuarán haciéndolo durante al menos varios meses, ya que los estudiantes y los maestros no pueden reunirse físicamente en las escuelas y universidades. Estas limitaciones en la capacidad de reunirse durante una pandemia prolongada probablemente limitarán las oportunidades para que los estudiantes aprendan durante el período de distanciamiento social. Es bien sabido que el tiempo dedicado al aprendizaje, o tiempo de aprendizaje, es uno de los predictores más confiables de la oportunidad de aprender. En los Estados Unidos, los investigadores han documentado los efectos de la "pérdida de aprendizaje durante el verano", demostrando que la interrupción prolongada de los estudios provoca no solo una suspensión del tiempo de aprendizaje, sino también una pérdida de conocimiento y habilidades adquiridas. Una revisión de la investigación sobre la pérdida de aprendizaje en verano en los Estados Unidos demuestra que durante las vacaciones de verano los estudiantes pierden el equivalente a un mes de aprendizaje en el año académico, la pérdida es mayor en matemáticas que en lectura, y la pérdida aumenta con el grado escolar. La pérdida también es mayor para los estudiantes de bajos ingresos.”

Por otra, el cierre de las escuelas expone a los grupos más vulnerables a la violación de sus derechos, particularmente a las niñas, pues “[a]ntes de la COVID-19, ya estábamos muy lejos de lograr la igualdad de género en y a través de la educación. Las crisis pasadas demuestran que las niñas son particularmente vulnerables ante cierres escolares prolongados. Se ha establecido que el cierre de escuelas exacerba el trabajo de cuidado no remunerado de niñas y mujeres, limitando su tiempo disponible para estudiar en sus hogares.⁵ La desigualdad de género en el ámbito digital, y el acceso limitado de las niñas a la tecnología de la información y la comunicación (TIC), incluso en contextos con una amplia cobertura de telefonía móvil e Internet, también se refleja en menores oportunidades de aprendizaje durante el cierre de escuelas.⁶ Las cuarentenas relacionadas con la COVID han aumentado la exposición de muchas niñas a la violencia de género,⁷ incluyendo la

explotación sexual⁸ y los embarazos precoces y no deseados,⁹ reduciendo al mismo tiempo el acceso a servicios vitales para la protección, la nutrición, la salud y el bienestar. (...) Para muchas niñas, las escuelas son un salvavidas, ofreciendo información vital y apoyo (in situ o mediante servicios de orientación) para su nutrición, manejo de la higiene menstrual (MHM) y necesidades más generales en temas de salud psicosocial, sexual y reproductiva.”

Ahora bien, el cierre de las escuelas, no sólo afecta el acceso a la educación. En los grupos de NNA más vulnerables, el cierre de las escuelas afecta además la posibilidad de acceder a otros bienes esenciales en el desarrollo, como la alimentación escolar o salud, que muy difícilmente pueda ser compensada con políticas de asistencia masiva. Así pues, en varios sentidos, el cierre de las escuelas y su prolongación, tiene efectos más adversos en aquellos grupos más desfavorecidos. En conclusión, los efectos, todavía sin poder percibirse con certeza, puede afirmarse que serán adversos al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, con enormes dificultades para ser adecuadamente compensados. En palabras de la Universidad de los Andes:

“El cierre de colegios y centros de desarrollo infantil tiene efectos devastadores para los niños, niñas y adolescentes. Implica no sólo rezago académico, sino rezago en la socialización, fundamental en las etapas tempranas de la vida, y riesgos para la salud emocional y mental. El riesgo es mucho mayor en los niños que vienen de hogares más vulnerables y que no cuentan con apoyo para estudiar, bien sea a través de la ayuda directa de los padres o con herramientas tecnológicas y de conectividad que permitieran continuar con sus procesos de aprendizajes. El cierre de colegios y centros de desarrollo infantil también significa para muchos estudiantes la interrupción de servicios esenciales como la alimentación o la protección ante riesgos de maltrato. Hemos normalizado que los colegios sigan cerrados y que los niños y adolescentes estén en condiciones que pongan en riesgo su desarrollo físico, cognitivo y emocional. Si como sociedad no tomamos acciones contundentes para proteger la generación actual de niños y jóvenes, difícilmente veremos progreso económico y social en las próximas décadas”.

Parte II.- Las razones jurídicas que favorecen la reapertura y la prevalencia de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El debate sobre la reapertura de las escuelas no sólo implica la discusión sobre los efectos en el aprendizaje de los NNA, sino además los riesgos que conlleva el cierre para su salud emocional, física y en los demás derechos; conlleva también, una discusión sobre los derechos fundamentales y, por tanto, sobre las razones jurídicas que sustentan la necesidad de reapertura de las escuelas.

En este debate se han expresado como razones de la oposición a la reapertura de las escuelas, entre otras, las siguientes razones básicas: (i) los riesgos de contagio de COVID-19 que conlleva la necesidad de acudir a las escuelas, para todos los integrantes de las comunidades académicas; (ii) el riesgo aumentado que para muchos docentes implica esta medida, pues muchos pertenecen a poblaciones de alto riesgo, (iii) se somete a un riesgo jurídico -innecesario- a los profesores y directivos de los colegios, ante las posibilidad de contagio de los miembros de la comunidad académica, principalmente los niños, niñas y adolescentes y finalmente, (iv) que en todo caso, el derecho a la vida prima sobre otros derechos.

Es evidente que los riesgos de contagio de COVID-19 persisten, incluso pese a que aparentemente se ha pasado el pico de la pandemia, pues en efecto, es probable que se den rebrotes y un nuevo pico para el fin de año, como ha ocurrido en Europa.

No obstante, en términos de derechos, la opción de reabrir las escuelas parece una opción más razonable que permanecer en el confinamiento. Hasta aquí se han mencionado algunos documentos de organismos internacionales, que sobre la base de estudios han llegado a la conclusión que (i) los efectos del cierre de las escuelas es devastador para los niños; (ii) afecta de manera desproporcionada a los niños, niñas y adolescentes de los grupos sociales más vulnerables; (iii) afecta incluso en mayor medida a las niñas y adolescentes; (iv) produce efectos adversos a muy largo plazo e (v) incide en las posibilidades de movilidad social e igualdad; (vi) además de los efectos demoledores en términos de aprendizaje.

Así pues, la política de reapertura de las escuelas pone aparentemente en tensión los derechos a la vida y la salud frente al derecho a la educación. No es posible aquí ofrecer una respuesta completa a esta tensión. Los balances, aun cuando implique decisiones correctas siempre son balances precarios e incompletamente teorizados, pero dada la evidencia disponible y los derechos involucrados es razonable suponer que, teniendo en cuenta esto, es razonable afirmar que debe primar el derecho a la educación de las niñas, niños y adolescentes. La razón principal, el artículo 42 de la Constitución establece que los derechos de los niños son prevalentes. Pero ¿qué significa esto?

Para entender por qué, en estas circunstancias esta razón favorece la reapertura de las escuelas es necesario explicarlo brevemente.

La Constitución de 1991 estableció la noción de prevalencia de los derechos –o interés superior- y la ligó a ciertos derechos fundamentales, particularmente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lo mismo hizo la Ley de Infancia. La Constitución establece en el inciso final del artículo 44 que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. La ley de infancia consagra en los artículos 8º y 9º el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y recoge el carácter prevalente de sus derechos.

Hablar de prevalencia de un derecho fundamental o de los derechos fundamentales, tiene que atender al hecho simple de que, en las sociedades contemporáneas, los derechos de las personas frecuentemente entran en tensión. En otras palabras, es usual que en ciertas circunstancias la garantía de los derechos de una persona, implique la limitación, cuando no la negación, de los derechos de otra persona o incluso de un grupo. Puede decirse que el significado de la afirmación del carácter contramayoritario de los derechos fundamentales es precisamente este; un derecho fundamental como aquella posición jurídica que, respaldada por una norma jurídica, permite a su titular la exigencia de su garantía, inclusive si del cumplimiento de dicha obligación se derivan consecuencias que puedan afectar o considerarse desfavorables para una persona o grupo o para la sociedad en general.

En este sentido la prevalencia de los derechos fundamentales es una forma de resolver en principio, las contradicciones entre los derechos. Así, cuando un derecho tiene la característica de prevalente, entonces las contradicciones que se presentan frente a este derecho se resuelven a su favor -prima facie-, pues implica un orden –axiológico- que refleja una opción política determinada que, partiendo de la noción de igual dignidad de todas las personas y, por tanto, igualdad en los derechos, incluye una cláusula de interpretación constitucional, para partir de un punto específico en los casos de enfrentamiento entre derechos de los niños y niñas y los derechos de otras personas.

Visto de esta forma, la prevalencia de los derechos de los niños es una cualidad no absoluta, como los mismos derechos, de donde surge entonces que se trata de una prevalencia prima facie. Una característica cuya validez se restringe a un ámbito limitado, y de la que se puede partir cuando se presentan conflictos entre derechos, pero que debe ser probada en términos de su justificación discursiva; en otras palabras, dado que la prevalencia de los derechos de los niños es una cualidad limitada por el mismo ordenamiento, cuando se presentan enfrentamientos entre los derechos de los niños y los derechos de otras personas, la resolución del conflicto debe, atendiendo el sistema como un todo por medio de la argumentación jurídica, validar la superioridad normativa de los derechos de los niños o mostrar que la mencionada característica se aplica limitadamente en el caso específico y las razones que, fundadas en la Constitución y en el ordenamiento en general, permiten tomar dicha opción.

Esta comprensión explica que, en determinado momento, pese a las afectaciones ya citadas en el derecho a la educación, se justifica el cierre de las escuelas. Incluso podría argumentarse que en el rango de derechos prevalentes el balance se inclinaba por el derecho a la vida. Pero dada la evidencia disponible, puede afirmarse que la garantía del derecho a la educación -y los demás derechos asociados- de los niños, niñas y adolescentes tiene prevalencia -no absoluta- sobre otros derechos involucrados en la tensión como los derechos de los administrativos y docentes.

En primer lugar, la evidencia disponible indica que los niños, niñas y adolescentes están menos propensos a contraer el virus, transmitirlo o morir debido a él. Así en efecto lo afirma el Banco Interamericano de Desarrollo en un documento sobre reapertura de las escuelas durante la pandemia. Dice este texto:

En definitiva, hay indicios de que los niños se ven significativamente menos afectados que los adultos y esto se refleja tanto en el número total de casos, como en su gravedad, con un reducido número de muertes en menores de 10 años, según un reciente metaanálisis de 78 estudios. Es interesante también observar la mayor prevalencia de casos agudos pediátricos en niños varones, según estudios en Inglaterra y Francia, lo que replicaría el patrón observado en adultos. Sin embargo, aún queda por confirmar si los niños son o no grandes transmisores del virus. Investigadores en los Países Bajos siguieron a 54 familias (239 personas) y no encontraron ningún caso en el que el niño fuera el primero en infectarse. Por otro lado, un estudio del Instituto de Virología del hospital Charité de Berlín, señaló limitaciones estadísticas en el estudio holandés y más bien indicó que los niños pueden presentar cargas virales tan altas como los adultos."

En segundo lugar, no sólo el BID sino además UNESCO y UNICEF además de alertar sobre los efectos negativos y los riesgos exacerbados que el cierre -prolongado- de las escuelas conlleva para las niñas, niños y adolescentes han elaborado protocolos para la reapertura de las escuelas, con el fin de que en el menor tiempo posible se pueda producir el regreso a las clases. No haya razón para suponer que la Alcaldía o la Secretaría de Educación no conocen estos protocolos; entre otras razones, porque las declaraciones de la Alcaldesa sobre la reapertura suponen la aplicación de las mismas medidas descritas en los mencionados protocolos, como la gradualidad o la concertación con la comunidad académica y los padres de familia.

Así pues, es razonable afirmar que la prevalencia de los derechos de los niños opera en este caso en el sentido de favorecer la reapertura de las escuelas.

Parte III.- Conclusiones

En conclusión, tomando en cuenta la evidencia disponible es posible afirmar que:

- Buena parte de los organismos internacionales coinciden en afirmar que el cierre de las escuelas y su mantenimiento, tiene efectos devastadores en los procesos de aprendizaje de los niños, niñas y adolescentes.
- El cierre de las escuelas y su mantenimiento, expone a los niños a riesgos exacerbados, más aún en regiones en donde existen profundas desigualdades sociales o conflictos armados.
- El cierre de las escuelas y su mantenimiento afecta a las niñas de manera desproporcionada a las niñas, exponiéndolas a condiciones de mayor desigualdad, riesgo de abuso sexual o matrimonio forzado, trabajo forzado y deserción definitiva del sistema escolar.
- Todos los efectos adversos ya descritos, se exacerbaban y acentúan en los niños, niñas y adolescentes que pertenecen a grupos sociales vulnerables.
- La pérdida de aprendizajes que conlleva el cierre de las escuelas, produce a largo plazo afectaciones desproporcionadas en las posibilidades de equidad y movilidad social y pérdida de capital humano.
- Existen protocolos, actualizados constantemente de acuerdo con la evidencia disponible, para la reapertura de las escuelas.
- Las medidas anunciadas por la Alcaldía y contempladas en los Decretos 193 y 202 de 2020, replican los procedimientos establecidos en los protocolos de reapertura de las escuelas de organismos como UNICEF y UNESCO.
- Finalmente, como lo afirma la Universidad de los Andes: "La pandemia del Covid-19 nos ha forzado a centrar la atención en el corto plazo, en salvar y proteger la vida. Sin embargo, en la medida en que pasa el tiempo, hemos normalizado que los colegios sigan cerrados y que los niños y adolescentes estén en condiciones que pongan en riesgo su desarrollo físico, cognitivo y emocional. Si como sociedad no tomamos acciones contundentes para proteger la generación actual de niños y jóvenes, difícilmente veremos progreso económico y social en las próximas

décadas. Por eso, es mandatorio recentrar la discusión y traer al centro del debate el presente de los niños y adolescentes y retomar la educación como prioridad tanto en el presupuesto como en la planeación del gobierno nacional y los gobiernos locales en los meses que vienen”.



CAMILO BLANCO.

Colíder Grupo de Investigación.



JUAN MANUEL RAMÍREZ.

Líder Grupo de Investigación.