

Señora Juez

DIANA PATRICIA GARCÍA ARISTIZABAL

JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL DE PEREIRA

E.

S.

D.

REF.: Radicado: 2021-0624. Acción de Tutela interpuesta por la señora **LUZ MARINA VALLEJO SÁNCHEZ**, en calidad de representante legal del **SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN DE RISARALDA - SER** contra la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE RISARALDA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE PEREIRA y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE DOSQUEBRADAS RISARALDA.**

SANDRA GARCÍA JARAMILLO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía número 52.138.085; **ISABEL SEGOVIA OSPINA**, mayor de edad, domiciliada de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 52.045.211; **CAROLINA PIÑEROS OSPINA**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía número 39.694.233, en su calidad de directora ejecutiva y representante legal de la **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE PADRES Y MADRES - RED PAPA Z**, entidad sin ánimo de lucro, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 830.130.422-3; **ANDRÉS VÉLEZ SERNA**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía número 1.020.714.052, en su calidad de representante legal del **ESTUDIO JURÍDICO Y DE EDUCACIÓN S.A.S - EDULEGAL**, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 901.168.405-1; **DIEGO ESCALLÓN ARANGO**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía número 1.018.440.156 en su calidad de representante legal de **FUNDACIÓN HACIA LA EDUCACIÓN, EL LIDERAZGO Y EL PROGRESO - HELP**; y **XIMENA NORATO PALOMEQUE** mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Pereira, identificada con cédula de ciudadanía número 30.323.340 en su calidad de Directora de **PANDI - COMUNICACIÓN Y DERECHOS HUMANOS** con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 900.319.325-4, por el presente escrito nos oponemos al Auto Interlocutorio del 4 de agosto de 2021 proferido por el **JUZGADO SEGUNDO (02) CIVIL MUNICIPAL DE PEREIRA (JUZGADO)** dentro de la actuación de tutela iniciada por la señora **LUZ MARINA VALLEJO SÁNCHEZ**, en calidad de representante **SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN DE RISARALDA - SER** contra la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE RISARALDA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE PEREIRA y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE DOSQUEBRADAS RISARALDA**, identificada con el número de radicado 2021-0624.

I. OPORTUNIDAD

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 cualquier persona que tenga interés legítimo en el resultado de un procedimiento de tutela, podrá intervenir en el mismo. Teniendo en cuenta que este **JUZGADO** dictó unas medidas cautelares que afectan el derecho fundamental a la educación, así como otras libertades de niñas, niños y adolescentes (NNA) del departamento de Risaralda y los municipios de Pereira y Dosquebradas, los suscritos intervienen en el proceso de la referencia para exigir el respeto y garantía de los derechos de esta población sujeta a especial protección constitucional.

Debido a nuestra vocación, los suscritos intervenimos en este proceso con el ánimo de oponernos a las pretensiones del accionante y coadyuvar a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE RISARALDA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE PEREIRA y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE DOSQUEBRADAS RISARALDA.** Específicamente perseguimos que se levante la medida cautelar impuesta debido a que

carece de sustento técnico y viola gravemente el derecho fundamental a la educación de los estudiantes de instituciones educativas del departamento de Risaralda. Adicionalmente, buscamos que se deniegue el amparo solicitado por la señora **LUZ MARINA VALLEJO SÁNCHEZ**, en calidad de representante **SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN DE RISARALDA - SER**.

Conforme lo establece el artículo 44 de la Constitución Política, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente la garantía de los derechos de NNA. Este postulado se replica en el artículo 11 del Código de la Infancia y Adolescencia. Asimismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reconoce expresamente que se podrán agenciar los derechos ajenos, cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa. En el presente caso, los suscritos intervienen en el proceso de la referencia con el objetivo de defender los derechos de los NNA de las instituciones educativas oficiales y no oficiales del departamento de Risaralda y de los municipios de Pereira y Dosquebradas que han resultado gravemente afectados con la medida cautelar impuesta por el **JUZGADO**.

II. OPOSICIÓN AL AUTO INTERLOCUTORIO DEL 04 DE AGOSTO DE 2021 Y A LA ACCIÓN DE TUTELA NO. 2021-0624

El Auto Interlocutorio proferido por este **JUZGADO** el día 04 de agosto de 2021 dentro de la acción de tutela 2021-0624 presentada por la señora **LUZ MARINA VALLEJO SÁNCHEZ**, en calidad de representante **SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN DE RISARALDA -SER** concedió como medida cautelar la suspensión de *«las circulares emitidas por cada una de las secretarías accionadas dentro de esta acción de tutela, consistente en el reinicio a clases hasta tanto no se dé una decisión de fondo frente a esta acción»*. Como consecuencia de esta decisión, se suspendió el regreso a la presencialidad de NNA en el departamento de Risaralda y de los municipios de Pereira y Dosquebradas que se habían reanudado en el mes de julio de 2021. Esta determinación, vulnera los derechos fundamentales a la educación, la salud, la dignidad humana y la integridad de NNA del departamento de Risaralda y de los municipios de Pereira y Dosquebradas, y debe ser levantada de inmediato, so pena de prolongar el perjuicio irremediable derivado de la suspensión de la educación presencial, que ya cumple, en algunos casos, más de diecisiete (17) meses. Por otra parte, no hay razón ni necesidad alguna para que se concedan las pretensiones de la acción, en la medida en que la Directiva No. 5 de 2021 y la Resolución 777 del 2 de junio de 2021 establecen salvaguardas específicas para la protección de la salud y la vida de las comunidades educativas, en el regreso a la presencialidad. En consecuencia, no es dable conceder medidas adicionales que tienen como resultado el grave menoscabo de los derechos prevalentes de NNA.

Con fundamento en lo anterior, referiremos de manera particular las razones por las cuales se deben levantar las medidas cautelares, y se debe denegar el amparo solicitado:

A. VIABILIDAD DE LA PRESTACIÓN PRESENCIAL DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO DURANTE LA ACTUAL EMERGENCIA SANITARIA

1. La Constitución Política de Colombia reconoce la educación como un derecho fundamental, y como un servicio público esencial.¹ En su calidad de derecho, está ligado a otros derechos y libertades fundamentales como la salud, la dignidad humana, la integridad personal, la libertad de conciencia, la libertad de expresión e información y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Por otro lado, en su carácter de servicio público, el Estado y los particulares que lo prestan, están obligados a *«asegurar su prestación eficiente y permanente para todos los habitantes del territorio nacional, dentro*

¹ Artículo 67 Constitución Política de Colombia

del espíritu de las finalidades sociales del Estado».² En consecuencia, la adecuada prestación del servicio público educativo resulta determinante para la garantía de los derechos y libertades fundamentales anteriormente aludidos.

2. Como toda actividad humana, la prestación del servicio público educativo involucra diferentes riesgos. Algunos de estos riesgos amenazan la vida, la integridad, la salud, así como otros de derechos de la comunidad educativa y de terceros. El manejo de la mayoría de estos riesgos se encuentra específicamente regulado en la normativa, y debe ser cuidadosamente atendido por los integrantes de la comunidad educativa y las autoridades. A manera de ejemplo, se resaltan los riesgos a la vida y a la integridad personal en el entorno escolar y en las salidas pedagógicas, las situaciones que afectan la convivencia escolar, las amenazas naturales, entre otras.

3. Desde el 6 de marzo de 2020 se ha identificado un nuevo riesgo que se puede presentar en prácticamente todas las actividades sociales y humanas -incluyendo la prestación del servicio educativo-, como es el contagio de COVID-19. Por este motivo, se han implementado diferentes medidas que persiguen la adecuada protección de las personas. Todas estas medidas mitigan el riesgo de contagio, pero ninguna tiene la facultad de anularlo dada su naturaleza de enfermedad endémica.

4. En el campo educativo, se dispuso inicialmente la prestación no presencial del servicio mientras se entendían mejor las particularidades de esta enfermedad. Sin embargo, esta modalidad de prestación impide la adecuada garantía del derecho fundamental a la educación, por lo que las autoridades trazaron una serie de orientaciones para alcanzar dos objetivos concomitantes. Por un lado, lograr un retorno a la educación presencial, y por otro, mitigar el riesgo de contagio de COVID-19. En las Directivas 11 y 12, proferidas el 29 de mayo y del 2 de junio de 2020 respectivamente, el Ministerio de Educación Nacional (MEN) sentó bases para el retorno seguro a la educación presencial.

5. Los «*Lineamientos para la prestación del servicio de educación en casa y en presencialidad bajo el esquema de alternancia y la implementación de prácticas de bioseguridad en la comunidad educativa*» (los «Lineamientos») que expidió el MEN en junio de 2020, establecen pautas para planear, alistar, implementar y hacer seguimiento al regreso a la educación presencial con alternancia. La mayoría de las recomendaciones establecidas en los Lineamientos se basan en evidencia disponible y en orientaciones de autoridades y organismos de la salud. Adicionalmente, se debe resaltar que los Lineamientos definen un auténtico modelo de participación para que las comunidades educativas definan de manera conjunta las condiciones particulares para la implementación de la educación presencial con alternancia. Esto tiene gran relevancia porque permite que el proceso sea informado y atienda a las particularidades de cada contexto educativo.

6. En adición a los Lineamientos del MEN, las entidades territoriales certificadas en educación han proferido protocolos para orientar la implementación de la alternancia en sus respectivos territorios. De igual forma Ministerio de Salud y Protección Social (MINSALUD) ha proferido la Resolución 666, de la cual se deriva la Resolución 1721, ambas de 2020 y la Resoluciones 222, 223 y 392 de 2021 en las que se establecen disposiciones que se deben observar en el regreso a clases presenciales. En particular, la Resolución 1721 de 2020 adoptó el protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo del coronavirus COVID-19 en instituciones educativas.

7. Con miras a lograr que las instituciones educativas cumplieran a cabalidad con los requisitos de bioseguridad establecidas en las normas antes referidas, el Gobierno Nacional asignó \$187 mil millones adicionales a los Fondos de Servicios Educativos («FSE»), lo que permitió alcanzar durante la vigencia 2020 un total de \$746

² Corte Constitucional, Sentencia T-423 de 1996 M.P. Hernando Herrera Vergara

mil millones asignados a los FSE. Por otra parte, asignó \$400 mil millones del Fondo de Mitigación de Emergencia («FOME») para cofinanciar las adecuaciones y adquisiciones requeridas para la implementación de la alternancia. A estos recursos se suman más de \$200 mil millones que han permitido avanzar con seiscientos ochenta y nueve (689) obras de mejoramientos de infraestructura educativa en zonas rurales.

8. En adición a lo anterior, Gobierno Nacional profirió el Decreto 466 de 2021 del 8 de mayo de 2021, con el cual se modificó el esquema de vacunación para incluir en la tercera fase de priorización a los docentes, personal de apoyo logístico y administrativo de los establecimientos de educación. Esta medida, ha permitido avanzar de manera significativa en el proceso de vacunación de los directivos, maestros y personal logístico y administrativo que labora en las instituciones educativas oficiales y no oficiales. Actualmente, se estima que cerca de un ochenta por ciento (80%) ha completado su esquema de vacunación.

9. Debido al avance del proceso de vacunación, MINSALUD profirió las Resoluciones 738 y 777 de 2021, en las que estableció nuevas condiciones para el desarrollo de diferentes actividades con la observancia del respectivo protocolo de bioseguridad. En lo que respecta a la actividad educativa, la citada norma establece que corresponde a la Secretarías de Educación organizar el retorno a las actividades académicas presenciales de los docentes, directivos docentes, personal administrativo y personal de apoyo logístico que hayan recibido el esquema completo de vacunación.³ Sin embargo, también establece que en las estrategias de retorno de manera presencial, se deben incluir a las personas que en ejercicio de su autonomía decidieron no vacunarse.

10. Con fundamento en los anteriores hechos, el MEN profirió la Directiva No. 5 el 17 de junio de 2021. En este acto administrativo definió las orientaciones para el regreso a la presencialidad a partir de la fecha de retorno a actividades académicas, luego del periodo de receso estudiantil de mitad de año. Específicamente estableció que las entidades territoriales certificadas en educación deben expedir los actos en los que definan con precisión la fecha de retorno a la presencialidad, con el cumplimiento de las condiciones de bioseguridad en las instituciones educativas.⁴ Las sedes que de manera excepcional no cumplan con el protocolo de seguridad, no estarán obligadas a implementar la presencialidad a partir de la fecha establecida. Sin embargo, las entidades territoriales deberán implementar planes de acción específicos para que estas sedes cumplan con los requisitos de bioseguridad y restablezcan la prestación presencial del servicio educativo. En lo que respecta al personal que labora en el sector educativo, la Directiva No. 5 de 2021 estableció que debe retomar las actividades presenciales tan pronto completen su esquema de vacunación, salvo aquellos que, en el ejercicio de su autonomía, hayan decidido no vacunarse.

11. Entonces, el MINSALUD y el MEN, como autoridades sanitarias y educativas del país, sustentados en datos epidemiológicos y científicos, han dictado la política de reapertura de las actividades económicas y sociales del país, teniendo como regla especial para el sector educación la presencialidad por regla general con distanciamiento y con el cumplimiento de condiciones bioseguridad para esto.

B. SUSPENSIÓN DE LA PRESENCIALIDAD NO PUEDE SER DECRETADA DE MANERA ARBITRARIA

12. En el presente caso, el **JUZGADO** ha tomado la decisión de suspender la prestación presencial del servicio público educativo sin atender los criterios científicos, epidemiológicos y bioéticos definidos por MINSALUD. El accionante refiere información desactualizada sobre la pandemia. Asimismo, es necesario advertir que tal y como lo

³ Artículo 5 Resolución 777 de 2021

⁴ Directiva No. 5 de 2021

anticipó MINSALUD, la reapertura de las diferentes actividades económicas y sociales, con el cumplimiento de los respectivos requisitos de bioseguridad, no conduciría a un aumento de los casos activos de COVID-19. Por el contrario, desde hace semanas se observa una disminución progresiva de casos de contagio en el departamento de Risaralda y en los municipios de Pereira y Dosquebradas, así como de muertes por COVID-19. Además de lo anterior, toda la evidencia indica que la prestación del servicio educativo con el cumplimiento de los requisitos de bioseguridad no incrementa el riesgo de contagio de COVID-19. Por tanto, ordenar el cierre de las instituciones educativas constituye una medida carente de todo respaldo técnico, que no debería adoptar en ningún momento un juez constitucional.

13. Por otra parte, como ha establecido el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en su concepto sobre el estado de la educación de NNA durante la pandemia de COVID-19, «*cerrar las escuelas debe ser una medida de último recurso que solo podrá tenerse en cuenta tras haber considerado todas las opciones disponibles*».⁵ En otras palabras, las instituciones educativas deben ser las últimas en cerrar, y las primeras en abrir durante la emergencia sanitaria. No se compadece con la prevalencia de los derechos de NNA que mientras la mayoría de las actividades económicas y sociales, se han restablecido, los colegios deban esperar a que cese la pandemia para que puedan volver a prestar el servicio educativo de manera presencial.

14. Todas las actividades económicas y sociales han sido reanudadas por el Estado y por el mercado, incluidos los partidos de fútbol con público, los cines, los restaurantes, centros comerciales, etc., por lo que restringir la presencialidad en las aulas, especialmente a costas de quienes menos voz tienen, sería un exabrupto que conduciría a una ponderación inadecuada de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, cuyos derechos deben prevalecer. Limitar la actividad educativa, no constituye una medida que pueda adoptar un juez constitucional para hacer frente a la pandemia. Antes se deben considerar todas las demás alternativas disponibles.

15. Adicionalmente, suspender la presencialidad sin fundamentos objetivos, científicos, epidemiológicos, contraría el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado que, en sentencia del 15 de enero de 2021 al revisar la legalidad de la Directiva No. 11 de 2020 del MEN, afirmó: «*la premisa de que la modalidad de trabajo en casa no puede ser equiparada a la educación presencial y que, por tanto, su aplicación no debe mantenerse más allá de lo que resulte estrictamente necesario para la contención de los efectos de la pandemia*». La ratio de esta decisión deja claridad que la educación virtual únicamente puede sostenerse si es una medida necesaria para contener la pandemia, lo que no se ha evidenciado con las medidas provisionales ni se podrá demostrar técnicamente porque, como se ha anunciado, la evidencia científica y epidemiológica afirma que no hay ninguna prueba de que la educación presencial aumenta los riesgos de contagio de las personas⁶, ni siquiera con la variante Delta⁷.

16. Atendiendo al interés superior de NNA, el juez constitucional debe abstenerse de tomar medidas que afecten el ejercicio de derechos fundamentales, que además resultan determinantes para el adecuado desarrollo de esta población. Debe considerar otras medidas diferentes que no interfieran con el goce de estos derechos, al tiempo que debe reconocer las salvaguardas establecidas en la normativa vigente, que ofrece una protección adecuada a las comunidades educativas.

⁵ Henrietta Fore, Directora Ejecutiva de UNICEF. Los niños no pueden permitirse otro año sin escuela. 12 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/ninos-no-pueden-permitirse-otro-ano-sin-escuela>

⁶ UNICEF, 2021. <https://www.unicef.org/argentina/articulos/posici%C3%B3n-frente-al-regreso-de-clases-presenciales-en-2021>; UNICEF, 2021. <https://www.unicef.org/argentina/media/9961/file>;

⁷ Oster, 2021. <https://emilyoster.substack.com/p/kids-and-the-delta-variant-should>.

C. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE PROLONGAR EL CIERRE DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS

17. La prolongación del cierre de las instituciones educativas afecta gravemente los derechos fundamentales de NNA. En primer término, la prestación remota del servicio ha tenido un impacto en los NNA más vulnerables, específicamente sobre aquellos que, por su edad, encuentran dificultades para el desarrollo de su proceso de formación en esta modalidad. Asimismo, ha afectado de manera especial a NNA que no cuentan con servicio de Internet adecuado, o que no disponen de los equipos necesarios para el desarrollo de las actividades escolares. También ha afectado de manera significativa a aquellos que, a pesar de haber recibido algún material de apoyo, no han obtenido el acompañamiento necesario y pertinente de parte de los docentes. Estas limitaciones han originado pérdidas significativas en el aprendizaje. Como lo ha indicado la Circular No. 26 del 31 de marzo de 2021 expedida por MINSALUD y el MEN la suspensión del servicio presencial ha generado rezagos significativos en el proceso de formación de los estudiantes. Se estima que este rezago pueda afectar de manera significativa las oportunidades laborales de los estudiantes, y el ingreso en su vida futura.

18. Adicionalmente, la suspensión de la prestación del servicio de educación presencial ha tenido un efecto significativo sobre la salud de los estudiantes. La salud mental y psicosocial de NNA se ha visto especialmente impactada como lo demuestra la indagación realizada por el Instituto Colombiano de Neurociencias, cuyo resultado muestra que una de las mayores preocupaciones de los padres ha sido el comportamiento de NNA en medio del aislamiento preventivo. Como lo ha establecido la Circular No. 26 de 2021 *«la respuesta a la pandemia en Colombia incluye no sólo mitigar los efectos del virus, sino también procurar disminuir los impactos sobre los más vulnerables»*.

19. De otra parte, la educación presencial protege la integridad de NNA, al brindarles un espacio seguro que los protege de la violencia, a la que se ven expuestos debido a la inseguridad en las ciudades, donde incluso operan grupos armados al margen de la ley, pandillas y grupos delincuenciales. La organización *Save The Children* reportó que durante el 2020 el reclutamiento forzado de NNA aumentó cinco (5) veces en comparación con el 2019.⁸ Asimismo, los niños y niñas que han permanecido en sus hogares durante la pandemia han estado más expuestos a situaciones de violencia que afectan su integridad física y emocional. Frente esta situación, los colegios ofrecen espacios donde no sólo se protege la vida de esta población sino donde además pueden comunicar o alertar de mejor manera lo que está ocurriendo en sus entornos, por ejemplo, casos de ciberacoso, para que se activen los protocolos correspondientes.⁹

20. Además de las pérdidas de aprendizaje¹⁰, la deserción escolar¹¹, la exposición a la violencia y la afectación a la salud mental y física; el cierre de los colegios reduce la probabilidad de hacer el tránsito hacia la educación superior. De esta forma, se reducen las posibilidades de que los estudiantes desarrollen plenamente su personalidad y puedan obtener mayores ingresos en su vida laboral, acrecentando las desigualdades sociales. Al igual, los padres de familia y acudientes han retornado a sus labores presenciales, lo que genera una sobrecarga para las familias por la búsqueda de

⁸Save the Children. Aumento de asesinatos y reclutamiento de niños, niñas y jóvenes en Colombia. 3 de octubre de 2020. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/colombia/aumento-de-asesinatos-y-reclutamiento-de-ni-os-ni-y-j-venes-en-colombia>

⁹ Lewis S J, Munro A P S, Smith G D, Pollock A M. Closing schools is not evidence based and harms children *BMJ* 2021; 372: n521 doi:10.1136/bmj.n521

¹⁰ Impactos de la crisis del COVID-19: En la educación y respuestas de política en Colombia, Banco Mundial, Disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/461641598291954248/Impactos-de-la-Crisis-del-Covid-19-en-la-Educacion-y-Respuestas-de-Politica-en-Colombia.pdf>

¹¹ Sandra García y Darío Maldonado. COVID-19 y educación en Bogotá: Implicaciones del cierre de colegios y perspectivas para el 2021. Resultados principales 27 de enero de 2021. Centro Nacional de Consultoría, Universidad de los Andes, ProBogotá.

personas que puedan supervisar las actividades de niños y niñas. Por lo tanto, como indicamos previamente, la suspensión de la educación presencial afecta también derechos fundamentales como la dignidad humana, el mínimo vital, la salud mental, la participación, la libertad de escoger profesión u oficio, la integridad y la vida digna.

D. EN UN JUICIO O TEST ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD DEBEN PRIMAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

21. La Corte Constitucional ha adoptado el juicio de proporcionalidad cuando dos derechos pueden, posiblemente, entrar en contradicción. En ese sentido, bajo la premisa de que no existe derecho humano absoluto es posible que un derecho sea limitado con el fin de armonizar los derechos en conflicto. En el presente caso debe ser objeto de análisis por la señora Juez en la medida que existen dos grupos poblacionales con derechos en tensión: los derechos fundamentales a la educación, a la dignidad humana, a la salud mental, el libre desarrollo de la personalidad, el mínimo vital, la libre elección de una profesión, entre otros múltiples derechos de NNA, o, los derechos invocados por el accionante. Para esto, es importante mencionar que esta práctica fue tomada de los tribunales europeos para lo cual se deben llevar a cabo ciertos pasos: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. En palabras de la Corte Constitucional:

«Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los test estadounidenses». (Sentencia C-520 de 2016).

22. Así, el Alto Tribunal en sentencia C-144 de 2015 recordó la finalidad de este juicio o test de proporcionalidad al afirmar:

*«En la jurisprudencia han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: a. **La idoneidad o adecuación de la medida**, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución. b. **La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo** y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido. c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite **entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada resulta equivalente a los beneficios que reporta**, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior».* (Negrilla fuera del texto)

23. Nótese que en el presente caso se exigiría un juicio estricto de proporcionalidad, no solo porque como lo alega el actor, en el presente caso está de por medio la vulneración del derecho a la educación, sino que además, los NNA gozan de una protección constitucional reforzada por tratarse de un grupo poblacional que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, de tal forma que en los términos de la Corte Constitucional, se requiere que la medida que esté entrando en colisión con sus derechos persiga un fin legítimo, importante e imperioso y verificar si el medio es

legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo (Sentencia C-015 de 2014).

24. La decisión del **JUZGADO** no puede basarse en argumentos subjetivos sobre la vida y su valoración, porque se sometería a una decisión arbitraria carente de fundamento jurídico y por eso es pertinente estudiar la ponderación de los derechos a la educación, la salud mental, el libre desarrollo de la personalidad, el mínimo vital, la libre elección de una profesión, entre otros, de NNA del departamento de Risaralda y de los municipios de Pereira y Dosquebradas con los derechos presuntamente vulnerados por los actores adultos de la comunidad educativa. Para facilitar este análisis y en consideración del Despacho, nos permitimos hacer un breve estudio de ponderación:

24.1.La idoneidad o adecuación de la medida: Colombia es el segundo Estado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Ocde), después de Costa Rica, que más tiempo ha tenido las escuelas cerradas a raíz de la pandemia generada por el COVID-19¹² . Las escuelas llevan cerradas 450 días, aproximadamente.

Mantener el cierre de las escuelas podría leerse como una medida apta para lograr la protección a la vida de los educadores, personal administrativo y demás personas que intervienen en la educación. Sin embargo, afirmar esto sería desconocer que el Gobierno Nacional, la comunidad científica y la sociedad en general ya no ven viable el cierre del comercio, de los negocios, de las fábricas y mucho menos de las escuelas como una alternativa viable para la prevención de contagio de las personas. Esto es así de evidente con la Resolución 777 de 2021 del MINSALUD en donde se establece que Colombia debe transitar a la apertura gradual y progresiva de todas sus actividades presenciales, además de haber otros derechos que se están afectando con las medidas de cierre, en especial se adujo en los considerandos de esta norma:

*Que **teniendo en cuenta que el COVID19 es un evento endémico, de acuerdo a la evidencia científica, se logra mitigar la transmisión a través de medidas farmacológicas como la vacunación y no farmacológicas (medidas de bioseguridad) las cuales deben asumirse como prácticas de autocuidado.***

*Que **desde la salud pública se han identificado otras afectaciones en salud relacionadas con la pandemia.** Según el Estudio de Resiliencia y Riesgos en Salud Mental realizado por el Ministerio de Salud y Protección Social, durante la pandemia **se ha evidenciado un incremento en los riesgos asociados a problemas y trastornos mentales y se ha identificado un incremento de las enfermedades crónicas y de los casos de violencia intrafamiliar**, lo cual hace necesario propiciar las condiciones de bioseguridad que permitan el reencuentro en las actividades sociales, deportivas y culturales de forma progresiva y promover la salud y el bienestar integral de la población colombiana. (Negrilla fuera del texto)*

Por lo anterior, el Gobierno Nacional, con el apoyo de la comunidad científica, decidió darles apertura a sus actividades y en específico en educación determinó en el párrafo 3 del artículo 4 de este acto administrativo que:

«PARÁGRAFO 3. El servicio educativo en educación inicial, preescolar, básica y media debe prestarse de manera presencial incluyendo los servicios de alimentación escolar, transporte y actividades curriculares complementarias. Los aforos estarán determinados por la capacidad que tiene cada establecimiento educativo, a

¹² OCDE, 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=2x7sjKsRzkk>

partir de la adecuación de los espacios abiertos y cerrados respetando el distanciamiento mínimo de 1 metro y las condiciones de bioseguridad definidas en el anexo que hace parte integral de la presente resolución».
(negrilla fuera del texto)

Como se evidencia, esta medida de restringir la presencialidad de las actividades escolares ya no es la medida científica ni de política pública viable para el Estado colombiano y, por el contrario, son la vacunación y las medidas de bioseguridad en los ambientes educativos los llamados a ocupar el camino legítimo y deseable para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

24.2.La necesidad de la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable: la necesidad de la limitación de los derechos fundamentales de NNA debe perseguir un fin indispensable para tener asidero constitucional. Un estudio juicioso de la evidencia científica demuestra que suspender las clases presenciales en ningún caso es una medida indispensable para que las personas no tengan riesgo de contagio, pues los estudios demuestran que las aulas no generan mayores probabilidades de contagio de COVID-19. En el sentido contrario, la evidencia sí pone de presente que esta medida es un medio más lesivo para afectar los derechos de niños y niñas a la educación, salud mental, libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

El estudio sobre la necesidad de la limitación de los derechos fundamentales de niños y niñas, por ser sujetos de especial protección constitucional, no puede ser llana ni superficial sino que debe establecer con suficiente evidencia científica si la medida es menos lesiva que el fin que pretende perseguir. Sin el fundamento técnico suficiente la medida debe desestimarse porque sería inocua frente a los riesgos que supondría para los derechos de niños y niñas, arriesgando su futuro y su desarrollo profesional y personal.

De manera que la educación no puede concebirse única y exclusivamente como las clases, desconociendo los procesos de formación, los ambientes de aprendizaje, la posibilidad de convivir en sociedad, de generar esparcimiento y principios como la solidaridad, la paz y la convivencia, como elementos complementarios al desarrollo cognitivo que se sustentan en la presencialidad, de manera que suspender las clases presenciales en ningún caso puede suponer una medida indispensable para proteger los derechos de la comunidad educativa.

24.3.La restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada debe resultar equivalente a los beneficios que reporta: en la ponderación de los presuntos derechos en pugna deben sopesarse los posibles beneficios que la medida podría generar para la protección de los derechos incoados. En el caso sub estudio es evidente que la medida de suspender las clases presenciales, como lo evidencian los estudios y la ciencia, no genera una reducción en el riesgo de contagio de las personas de la comunidad educativa. Habría de suponer el **JUZGADO** que limitar las clases presenciales significaría que ningún profesor o padre de familia habría de contagiarse en ningún momento del virus, pero esto sería desconocer la realidad de la enfermedad y su alta contagiosidad, que no se incrementa por las clases presenciales ni los riesgos su aumentan, y además supondría ordenar que se suspendan TODAS las actividades humanas por riesgo de contagio. Medida que redundaría no solo carente de sustento sino desproporcionada.

Nadie sería capaz de desconocer la importancia esencial del derecho a la vida, sin embargo, debe haber argumentos científicos y veraces suficientemente fehacientes para afirmar que los colegios ponen en riesgo la vida de las personas y que, en ese sentido, la medida resultaría equivalente para proteger los

derechos a la vida y a la salud de las personas. Sin una prueba fehaciente de la medida se torna arbitraria. Además, la ciencia ha demostrado que los colegios no generan ningún riesgo adicional a las actividades normales de los seres humanos para el contagio del virus.

La desproporción de la medida se haría más evidente al notar que el mismo Consejo de Estado, máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentó en sentencia del 15 de enero de 2021, al revisar en ejercicio del control inmediato de legalidad de la Directiva No. 11 de 2020, que la educación debe avanzar hacia el retorno gradual y progresivo, como se pretende desarrollar actualmente porque la virtualidad en ningún ámbito ya no es una medida estrictamente necesaria para contener la pandemia:

«El Ministerio de Educación Nacional y a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales a que se refiere la Directiva No. 11 de 2020, que es su obligación velar porque todos los prestadores del servicio educativo avancen de manera cierta, segura y decidida en la definición de las condiciones que permitan el retorno gradual y progresivo de los alumnos a las aulas, con plena observancia de las normas de bioseguridad previstas por las autoridades nacionales y previendo el manejo de aquellas situaciones particulares que, por decisión libre e informada de los padres de familia, ameriten un tratamiento distinto. Esto, bajo la premisa de que la modalidad de trabajo en casa no puede ser equiparada a la educación presencial y que, por tanto, su aplicación no debe mantenerse más allá de lo que resulte estrictamente necesario para la contención de los efectos de la pandemia.» (Negrilla fuera de texto original)

Lo anterior redunda en la importancia que tienen los derechos fundamentales de niños y niñas, pues, si el estadio Hernán Ramírez Villegas tiene permitido el ingreso de público para los partidos de fútbol, mal haría una honorable Juez de la República restringir los derechos de niños y niñas en asistir a la educación presencial, esto demostraría la importancia en la ponderación de derechos que tendría en consideración en su análisis constitucional¹³.

Además, es importante que se tenga en cuenta el esfuerzo de los colegios para regresar a la presencialidad con estrategias de mitigación y un trabajo articulado con los padres de familia para permitir el regreso a la presencialidad en las aulas. Los establecimientos educativos, en su mayoría, se han adecuado para el distanciamiento mínimo, fomentar las medidas de autocuidado, seguimiento a las condiciones de salud y han recibido el consentimiento expreso de los padres de familia para el retorno presencial de sus hijos o hijas a las clases.

25. En conclusión, no es proporcional la limitación del derecho a la educación, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud mental, entre otros, de miles de niños y niñas del departamento de Risaralda y de los municipios de Pereira y Dosquebaradas, con los requerimientos del accionante, especialmente, porque la medida no es necesaria, menos gravosa ni equivalente a los beneficios que debería reportar para la comunidad.

26. Teniendo en cuenta lo anterior, el regreso a clases presenciales es una medida necesaria no sólo para proteger el derecho a la educación de NNA, sino otros derechos conexos como la salud, la alimentación, la vida digna, el desarrollo y la integridad personal de NNA. Además, hay evidencia de que es posible abrir las instituciones educativas sin generar un mayor riesgo de contagio, si se cumplen las condiciones de

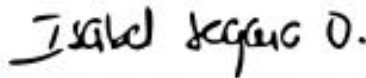
¹³ Caracol, 2021. https://caracol.com.co/emisora/2021/08/06/pereira/1628248708_685477.html

bioseguridad que exigen las autoridades sanitarias.¹⁴ En consecuencia, para garantizar el interés superior de NNA, y la prevalencia de derechos de estos sujetos de especial protección constitucional, el **JUZGADO** debe levantar las medidas cautelares establecidas, y denegar el amparo solicitado por el accionante.

De la señora Juez, atentamente,



SANDRA GARCÍA JARAMILLO
C.C. 52.138.085



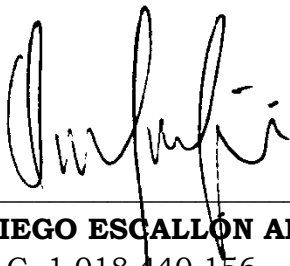
ISABEL SEGOVIA OSPINA
C.C. 52.045.211



CAROLINA PIÑEROS OSPINA
C.C. 39.694.233
Representante legal
Red PaPaz



ANDRÉS VÉLEZ SERNA
C.C. 1.020.714.052
Representante legal
Edulegal



DIEGO ESCALLÓN ARANGO
C.C. 1.018.440.156
Representante legal
Fundación Help



XIMENA NORATO PALOMEQUE
C.C. 30.323.340
Directora
PANDI - Comunicación y Derechos Humanos

¹⁴ España, G., Cucunubá, Z. M., Diaz, H., Cavany, S., Castañeda, N., & Rodriguez, L. (2021, February 12). The impact of school reopening on COVID-19 dynamics in Bogotá, Colombia. <https://doi.org/10.31219/osf.io/ebjx9>