

Educación vs salud; Derechos Humanos en conflicto en tiempos de pandemia

Education vs. health; Human Rights in Conflict in Times of Pandemic

Irma Ramos Salcedo

Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara, certificada por el Comité Jurídico Interamericana de la (OEA) en Derecho Internacional,

Amicus curie de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adanhari Yamilet

Fajardo Ramos

Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara, certificada por el Comité Jurídico Interamericana de la (OEA) en Derecho Internacional,

Amicus curie de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Francisco Javier

Cortes Fuentes

RESUMEN: Promover y proteger los derechos humanos de las personas vulnerables, no debe ser reducido a intereses de tipo particular o político, sino que debe obligar al Estado a proporcionar las medidas para garantizar el acceso a ese derecho, utilizando las herramientas y estándares internacionales.

En la actualidad, ante la crisis de salud que enfrenta la humanidad, estamos en una posibilidad de colisión y discriminación de dos derechos fundamentales, por un lado la educación y por otro, la salud, la decisión no es sencilla, ya que; la restricción de uno u otro, puede conducir a la discriminación, creando una desigualdad en la población de forma desproporcionada, lo cual es algo que no puede permitirse, ni tolerarse en estos tiempos de crisis.

ABSTRACT: Promoting and protecting vulnerable people's human rights should not be abridged to particular or political interests, but should force the State to guarantee access to that right by taking actions, using international standards and other tools.

Now, on the health crisis that humanity is already facing, we are on possibility of collision and discrimination of two fundamental rights as education and health. The decision is not simple, due to the one's restriction over the other. That can lead to discrimination, and population inequality, that cannot be allowed or tolerated in these times of crisis.

Palabras clave: Crisis, consideración, Derechos Humanos, conflicto, Protección de derechos, vulnerabilidad, estándares internacionales.

Keywords: Crisis, consideration, Human Rights, conflict, Protection of rights, vulnerability, international standards.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EDUCACIÓN Y SALUD, DERECHOS FUNDAMENTALES; III.-¿QUÉ ES Y PARA QUE NOS SIRVE EL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS?; IV, EL SISTEMA Y ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN; V. CONSIDERACIONES FINALES.

Introducción

Recientemente, una noticia detona las alertas en la sociedad ante el incrementó de los casos de COVID 19 en niños y adolescentes; derivado de la permisibilidad de reunión en diversos espacios públicos y privados, ante la necesidad de que estos los niños y jóvenes regresen a la presencialidad y retomar su formación en las escuelas y desarrollen su personalidad, lo cual no sería considerado un problema, sino nos encontráramos en presencia de una crisis en materia de salud mundial.

En este tiempo, en que los Estados democráticos enfrentamos una pandemia de tal magnitud, en el que la humanidad padece de un ataque a su forma de vida, por un virus implacable que erradica a los humanos que la sufren, ante el esfuerzo de los gobiernos de los países para fortalecer la salud de la población, tal como la aplicación de vacunas y medidas de distanciamiento social para combatirlo, nos encontramos en el momento en que los derechos fundamentales deben no solo garantizarse, sino aplicarse, por lo que se generan conflictos en el ámbito del derecho por su aplicación.

Sea cual sea la acción de cada país, esta; no debe tomarse a la ligera, dado a que tanto la educación como la salud, son derechos protegidos por las constituciones en el mundo, las cuales no son solo reglas, sino

también principios jurídicos y sociales, que no tienen únicamente un valor frente al Estado, sino también en los distintos ámbitos del derecho y de la vida cotidiana, tanto así que son fundamentales por su naturaleza; para proteger y garantizar los derechos de las personas que se encuentran bajo la protección del Estado, por lo que algunos de ellos deben ser priorizados, como es el caso de la Educación ante la salud, ya que esta estructura de valores y principios en estos momentos están colisionando, por la decisión del regreso a la educación en la presencialidad de manera masiva.

Esta decisión es, sin duda, una situación que amerita ser revisada desde la óptica de los derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que los mandatarios que encabezan los regímenes de gobierno, deben justificar en estos momentos de colisión, el método o teoría mediante la cual se prioriza la educación presencial sobre la salud, si consideramos que estos derechos tienen la misma jerarquía al ser principios de “ius cogens” y no pueden ser derogados ni sustituidos por otros, es entonces que el gobierno debe generar un mecanismo sobre la forma en que abordarán el problema y como resolverán la situación en caso de elegir la salud, sobre la educación o viceversa.

Es entonces que estamos en presencia de un ejercicio de ponderación de derechos humanos que debe ser agotado, como mecanismo eficaz para restringir de manera provisional algún derecho humano.

Educación y salud, derechos fundamentales

Los derechos Humanos son garantías jurídicas que protegen a las personas contra acciones u omisiones que interfieren con las libertades, derechos y la dignidad humana, son inherentes a la persona se consagran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y referidos en diversos tratados internacionales e instrumentos adoptados por los

países con posterioridad a la segunda guerra mundial, incorporados a las Constituciones y leyes internas de los países que los han ratificado.

Dentro de sus características encontramos que son: universales e inalienables, interdependientes e indivisibles, equitativos y no discriminatorios¹ además de progresivos, estas características garantizan la efectividad de los derechos Humanos, su grado de disfrute depende de la realización de otros derechos, sin redundar en el menoscabo de otros derechos, por lo que la realización del derecho a la educación, es igual de importante al de la salud.

La dignidad humana es parte fundamental en el acceso a estos derechos, esta, puede ser definida como la columna vertebral de los Derechos Humanos y no pueden considerarse sin esta, puede ser el mecanismo que legitime a un Estado para su garantía.

Ahora bien, la falta de garantía de algún derecho puede poner barreras en las personas y obstaculizar su disfrute, además de otros derechos, tal es el caso de la educación presencial y la salud física y mental; que deben ser analizados mediante los indicadores de los derechos humanos como la noción y la racionalidad.

Los indicadores pueden ser cualitativos y cuantitativos, los cualitativos son los de la información articulada descriptiva o categóricamente, en tanto que los cuantitativos se refieren a las estadísticas, tal es el caso de los índices, porcentajes, cifras o listas de comprobación, datos descriptivos relacionados con los Derechos Humanos. Sus categorías son: objetivo (basado en hechos) y subjetivos (basados en juicios), encontramos también otros indicadores como el desempeño y el cumplimiento, así también los de valores de referencia y la interpretación.

La educación como un derecho humano, engloba otros derechos, a través de esta los ejerce, ya que permite el desarrollo en la sociedad, por lo que debe existir una igualdad de oportunidades, acceso univer-

1. ONU Alto Comisionado de los Derechos Humanos, ¿Qué son los Derechos Humanos? <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx> Visto 02-01-2021

sal y calidad de forma que la autoridad la garantice, debe ir desde la educación básica hasta la educación superior, por lo que debe ser accesible, gratuita, universal y progresiva; considerando en todo momento su libertad de elección. Así lo establece el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales de la ONU, en su Acuerdo numero 13 de 1999, respecto del Derecho a la educación establecido en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.²

Este derecho a la educación está sujeta a cuatro características interrelacionadas y esenciales, que al igual se presentan en el derecho a la salud, que luego veremos mas adelante; y son: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y adaptabilidad.

2. ONU alto Comisionado de los Derechos Humanos, Observación general No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. <https://undocs.org/es/E/C.12/1999/10> Visto10-06-2021

La Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)³ estima que en el mundo en 2018, solo 99 países garantizan legalmente 12 años de educación con carácter gratuita, aproximadamente 258 millones de niños y jóvenes no tienen educación básica, 6 de cada 10 jóvenes terminan la secundaria, la edad de alfabetización es de entre 15 y 24 años, por lo que 102 millones de jóvenes carecen de los conocimientos para considerarse su alfabetización.

Bajo esta óptica, los Estados deben garantizar, respetar y proteger el derecho a la educación, modificando las legislaciones internas, integrando a sus legislaciones los instrumentos internacionales que han suscrito ante organismos internacionales, basados en los parámetros del marco internacional, constituido por estos convenios que protegen este derecho.

El derecho a la educación se encuentra en estos cuerpos normativos internacionales cuyas cláusulas son vinculantes para los Estados miembros de las convenciones de Derechos Humanos.

Por otro lado encontramos el derecho al acceso a la salud, entendido este como un derecho inclusivo ya que comprende múltiples factores que contribuyen a una vida sana, atención sanitaria, acceso a hospitales, además de derechos relativos a las libertades de decisión (elegir si se somete a procedimientos quirúrgicos Etc.).

A este respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁴ ha establecido, que este derecho a la salud, se comprende, al igual que el de educación, de otros derechos; tales como; un sistema de protección a la salud con oportunidades para todos, la prevención y tratamiento de las enfermedades, acceso a medicamentos, salud materno-infantil, reproductiva, acceso a servicios básicos de salud, participación de la sociedad cuando se trata de salud comunitaria y nacional.

3. UNESCO [es.unesco.org/news/lo-que-necesita-saber-derecho-educacion](https://www.unesco.org/news/lo-que-necesita-saber-derecho-educacion), visto 18-08-2021

4. OMS, "El derecho a la salud", folleto informativo No. 31 <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf> visto 16-08-2021

Este derecho a la salud es fundamental e inclusivo, ya que del ejercicio efectivo de este derecho, se desprenden muchos otros, como lo son: nivel de vida adecuado, vivienda digna, no ser discriminada (o), derecho a la intimidad, a la alimentación, acceso al agua, la participación en estos temas y acceso a la información, entre otros.

Respecto del Derecho a la Salud, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estima, que este derecho es el disfrute del más alto nivel posible, así lo manifiesta en su Observación General No. 14, relativo al derecho a la salud, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.⁵

En el derecho a la salud, no solo se garantizan los servicios sanitarios, sino también otros factores que predominan en el estado de salud de las personas, estos son, como ya se menciona en párrafos anteriores; el acceso al agua, potable e instalaciones sanitarias adecuadas, suministro adecuado de alimentos aptos para el consumo, nutrición y vivienda adecuada, entorno laboral y ambiente saludable, además del acceso a la educación y el derecho a la información, por lo que el Estado debe garantizar dentro del esquema de la salud, estos servicios.

Al considerar la salud, debemos analizar los aspectos fundamentales en esta facultad, tal y como se observan en el derecho a la educación, como parte esencial de este derecho y son: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y adaptabilidad; sin dejar de lado, la calidad, la rendición de cuentas y participación de la sociedad. No olvidemos que

5. ONU, Alto comisionado de los Derechos Humanos; El ACNUDH y el derecho a la salud” www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/Health.aspx visto 10-06-2021

también este derecho garantiza la salud física y mental, salud sexual y reproductiva, entre otros.

Los derechos inherentes a la propia salud existen, porque son parte fundamental para su disfrute, tales como, el derecho a la seguridad social, la alimentación y también la educación respecto de esta.

La buena salud no sólo depende de la observación de los derechos humanos, sino que también es el requisito indispensable para la consecución de otros derechos. No es posible disfrutar plenamente de los derechos humanos si no se tiene salud y, a la vez, la salud tampoco puede realizarse cabalmente sin la dignidad que aportan los demás derechos humanos⁶.

El acceso a este derecho a la salud, puede hacer la diferencia en una población que vive en pobreza y otra que tiene este acceso, pues a través de él desarrollan otros derechos como la salud física, mental lo cual permite ejercer otros también importantes, como lo son el trabajo y la educación, estos derechos no puede ser ejercidos eficazmente si las personas no disfrutan de otros derechos que son indispensables, lo que genera una vulnerabilidad por esta pobreza, violentándose el principio de no discriminación.

Tratándose de este principio de no discriminación, encontramos tanto en el derecho a la educación, como el derecho a la salud, que no pueden ser sujetas a distinción, exclusión, restricción alguna, que pueda generar un impedimento o dificultad para poder disfrutar y ejercer plenamente estos derechos humanos.

6. ONU, Alto comisionado de los Derechos Humanos, Informe del grupo de expertos de naciones unidas en materia de salud. Puede consultarse el documento en:
<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Health/ReportHLWG-humanrights-health.pdf>.
<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/HealthAndHumanRights.aspx> Visto 10-06-2021

Dicho esto, en la colisión de derechos, estamos en presencia de una posibilidad de discriminación a estos dos derechos fundamentales, por un lado la educación y por otro, la salud, la decisión no es sencilla, ya que como vimos anteriormente; la restricción de uno u otro, generaría discriminación, creando una desigualdad en la población de forma desproporcionada, lo cual es algo que no puede permitirse, ni tolerarse en estos tiempos de pandemia.

Los Estados democráticos, engloban en sus constituciones diversos tipos de normas, unas son las normas que constituyen, organizan y regulan los poderes de jure de cada uno de ellos, y otras las que ordenan, limitan, facultan y obligan a los poderes estatales, denominados también Derechos Fundamentales (Derechos Individuales), en la opinión del filósofo Alemán, Robert Alexy⁷ hay dos teorías sobre los derechos fundamentales, la primera; estrecha y rigurosa, denominada la teoría de las reglas y la segunda; es amplia y comprehensiva, denominada teoría de los principios, el autor reconoce que estas teorías no se presenta de forma pura, pero si representan diferentes tendencias ya que una reconoce la Interpretación de la Constitución ante los derechos fundamentales y la otra la jurisdicción constitucional,

En la teoría rigurosa no se distinguen las normas de los derechos fundamentales de otro sistema jurídico, son solo normas de derecho constitucional que tienen una jerarquía más alta y su objeto es que son de elevada importancia, en tanto para la teoría amplia y comprensiva las normas fundamentales no se agotan al proteger al ciudadano frente al estado, son perpetuas ya que su marco normativo es más vasto

7. Alexy, Robert, "Derechos fundamentales; ponderación y racionalidad", *Ratio Juris*, Oxford, Universidad de Boloña, vol 16, Núm. 2, 2003 (131-140)

¿Qué es y para que nos sirve el método de la ponderación de Derechos?

La ponderación es un método propuesto por Robert Alexy⁸ por el cual se toman como base una serie de pesos (conflictos), analizando el contexto, evaluando la intrínseca relación entre estos dos principios, estableciendo el grado de lesión, ante el grado de satisfacción entre uno y otro.

Bajo esta estructura, el Estado debe analizar estos parámetros: la necesidad, la adecuación de la medida tomada y la proporcionalidad, considerando en todo momento las posibilidades materiales y jurídicas.

El principio de no discriminación es fundamental en el ejercicio eficaz de los derechos humanos, de la misma forma que el principio de igualdad, que al no ser considerados en el mecanismo de garantía del disfrute de estos derechos, se genera una vulnerabilidad agravada, ya que esta discriminación e igualdad, generan una doble o triple discriminación.

En la Convención sobre los derechos del niño de 1989⁹, establece en su artículo 2.1 que se aplicará esta:

Sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

8. Robert Alexy fue un filósofo y Doctor Honoris Causa. Se puede consultar esta información en el sitio web: <https://honoris.unizar.es/hc/robert-alexey>

9. UNICEF, Convención sobre los derechos del niño, <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> visto 12-06-2021

Estas disposiciones se aplican de igual forma para el derecho a la salud como a la educación. Por lo que los Estados tienen la obligación de eliminar y prohibir la discriminación racial, sexual, etcétera, en todas sus manifestaciones garantizando en todo momento el derecho a la salud y la educación en condiciones de igualdad, garantizando en todo momento su disfrute efectivo. Para ello deberán reconocer diferencias, satisfacer necesidades adoptando medidas de protección ante agentes del propio estado.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, es considerado como medio de protección del derecho a la salud, en su disfrute en el amplio sentido de la salud física y mental.

También encontramos otros instrumentos internacionales que protegen el derecho a la salud, tales como: la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, en su art. 5 e) iv) ; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, en sus arts. 11 1) f), 12 y 14 2) b); la ya comentada anteriormente, la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 2.1.y 2.2, art. 24; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990: en sus arts. 28, 43 e) y 45 c); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006: art. 25. Y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 12; el Protocolo de San Salvador de 1988; entre otros.

Al analizar estos derechos, nos encontramos ante una gran disyuntiva, ¿Qué priorizar y que restringir en estos tiempos de pandemia?, ¿regreso a una Educación en la presencialidad, o nos mantenemos en casa, salvaguardando la salud?; los gobiernos están ante una encrucijada, por lo que deben *considerar* y tomar acción ante la latente colisión en los principios, para que con ello las decisiones sean proporcionales a las necesidades de la población en general y no únicamente por los

intereses económicos de un grupo específico, al encontrarnos en presencia de una situación que pone en riesgo a la salud humana.

No pasa desapercibido que en estos momentos la prerrogativa inherente a la salud, discrepa con el derecho a la convivencia presencial en las aulas de clase, pues en éste último se advierte que los niños estarán expuestos al contagio del Virus SARS-COV2 tanto a alumnos, maestros, directivos, personal de intendencia, padres de familia; por la alta concentración de personas en un espacio físico de riesgo; por lo que es obligación de las autoridades tomar las decisiones y medidas, proporcionales e idóneas, para garantizar ambos derechos a los que impactaran estas situaciones.

El análisis en este ejercicio debe realizarse, atendiendo a la ponderación bajo los siguientes supuestos de vulnerabilidad, ya que estas medidas impactaran a los niños y jóvenes.

- a) Marginación, base de la desigualdad en la sociedad
- b) Raza
- c) Sexo de nacimiento
- d) Edad de la población afectada
- e) Pobreza,
- f) Mala salud
- g) Población minoría étnica
- h) Acceso a la información
- i) Disposición de vivienda adecuada
- j) Acceso a servicios públicos básicos
- k) Nacionalidad
- l) Enfermedades que los coloquen en vulnerabilidad

El sistema y estructura de la Ponderación

Al tratarse de menores a quienes van dirigidas estas decisiones, basta comentar los parámetros que ya dicto la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, en el caso Furlán contra Argentina, en el que se señalan los estándares en materia de igualdad y no discriminación, respecto de grupos vulnerables, obliga a las autoridades jurisdiccionales a ejercer *ex officio*, el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a las autoridades estatales tengan en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona(en especial cuando se trate de menores de edad, como es el caso que nos ocupa) con la finalidad de un trato preferencial.

La noción de igualdad, según las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desprende del género humano, que conlleva necesariamente la dignidad esencial de la persona, frente a la situación incompatible.

Esta necesidad; de que el Estado adopte medidas especiales cuando las víctimas de violación de Derechos Humanos se encuentren en condición de vulnerabilidad, ya sea por su condición de población originaria, niños, niñas o adolescentes, por el género etcétera, obedece a que estos derechos son de carácter básico y pensados para la generalidad pero deben ser complementados o precisados con derechos para personas o comunidades específicas, que para no ser discriminatorio, debe tener justificación objetiva y razonable, conservando en todo momento la dignidad humana.

La corte Interamericana, antes mencionada, ha determinado que no hay discriminación, cuando la distinción esta orientada, legítimamente a la justicia. Entonces los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias que existen en la sociedad, dirigidas a grupos de personas determinadas.

Por tanto, toda persona que se encuentre en una condición de vulnerabilidad, es titular de una protección especial, en razón de los de-

beres del Estado, que debe satisfacer¹⁰ las obligaciones generales de respeto y garantía de los Derechos Humanos.

En esta caso de la educación versus la salud, cuando la desigualdad del hecho, coloca al titular de Derechos Humanos, en una situación difícil, que pueda generar el nulo ejercicio de esos derechos y libertades, el Estado debe proveer medios de compensación o equilibrio para permitir al sujeto el acceso a ese derecho, aunque sea en condiciones de imperfección y debe procurar además de esos medios con protecciones razonables, pertinentes, eficientes y suficientes para mejora la situación de esa(s) persona(s).

Al tratar de establecer cuál de los derechos humanos que se encuentran en colisión deben prevalecer, nos encontramos con una serie de dificultades, por un lado, el derecho de los niños a la educación, que se encuentra en una pausa, pero también el derecho que tienen a la salud; para facilitar esta decisión es necesario echar mano de los estándares internacionales, como el interés superior del niño, la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y la calidad, por lo que el estado debe buscar la menor vulnerabilidad en ambos, aporte que encontramos en la doctrina de Robert Alexy, sobre la ponderación de derechos, nos es de mucha utilidad en este caso.

En su teoría de ponderación establece que para resolver esa colisión, el estado debe hacerlo de acuerdo a sus posibilidades jurídicas, mediante el análisis de tres principios óptimos; el de idoneidad, proporcionalidad y necesidad. Dicha ponderación es racional y tiene una estructura derivada de los principios: la idoneidad y la necesidad, indican que lo que debe realizarse debe hacerse lo mejor posible, con las mejores opciones, en tanto que la proporcionalidad nos guía hacia lo adecuado y necesario.

10. Siri, Rousset, Revista RyD República y Derecho / ISSN 2525-1937 / Volumen I (2016) / Artículos 1 Facultad de Derecho / Universidad Nacional de Cuyo / Mendoza - Argentina revistaryd@uncu.edu.ar / www.revistaryd.derecho.uncu.edu.ar

Igual de importante son los parámetros que la Corte Interamericana señala, respecto de la vulnerabilidad, los principios de no discriminación e igualdad, sobre los que ya se pronunció a través de sus sentencias.

No debemos perder de vista que en toda toma de decisiones no se puede evitar el principio *pro personae*, que al ser ya analizado por la Corte Interamericana en el caso Furlán vs Argentina, determino que:

“El principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana”¹¹

Consideraciones finales

La situación en materia de salud, imperantes en el país, así como la situación que ha generado en los niños y jóvenes, el acceso a la educación, aún con el problema del COVID 19, nos lleva a generar una actitud asertiva de la sociedad en su comportamiento al generar una apertura real en el diálogo con los demás, sobre todo con el Estado, el que debe garantizar ambos derechos humanos (Salud-educación).

Debe cuidarse en todo momento, por parte del Estado, quién toma la decisión de restringir algún derecho humano, en no caer en la discriminación o tratos indignos, estableciendo de forma clara y siempre en consenso con la sociedad, las herramientas y los estándares que utiliza en esa toma de decisiones, ya que al ser, la educación y la salud, derechos humanos fundamentales en la vida de las personas, menoscabar o restringirlos a un grupo de personas, puede acarrear no solo sanciones de tipo político o económico, sino el señalamiento de los organismos internacionales que vigilan el cumplimiento de los derechos a los que el propio Estado se obliga a través de algún instrumento internacional.

11. Op. Cit. Furlán vs Argentina

Respecto de la proporcionalidad y la ponderación, en el caso del juicio de ponderación, es necesario distinguir entre dos supuestos: la primera sobre el bien jurídico o el valor a optimizar colisiona con otro valor y la segunda, cuando en la realidad no se produce o existe dicho conflicto planteado. Cuando hay ausencia de colisión entre estos dos bienes jurídicos fundamentales, el juicio de ponderación exige una mayor grado de satisfacción de los mandatos constitucionales, los cuales ordenan que estas acciones sean realizadas en la medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.

En el caso de colisión de dos bienes jurídicos optimizados, Robert Alexy establece que estos principios, tienen como punto de partida la proporcionalidad y sus tres contenidos, antes mencionados, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de forma más concreta, la medida tomada es idónea o adecuada, si con su restricción se alcanza el fin propuesto inicialmente.

Con una franqueza suficiente al dar a conocer la opinión de la sociedad, en su derecho legítimo a buscar la protección para sus hijos ante su renuencia de retornar a las aulas, sin esperar represalia alguna, donde su forma de pensar y actuar sea respetada y no que se actué con cierto disimulo selectivo, que lleve a la sociedad a actuar y decir solamente lo que el Estado desea escuchar o que sea útil para fines políticos o económicos; debe tomarse la decisión que más proteja a los niños, jóvenes, adultos a los que impactara el inminente regreso a clases.

Finalmente, con esta investigación, fundamentación y argumentos planteados, se invita al lector a que realice una reflexión respecto de todos los puntos antes descritos, haciendo un cuestionamiento específicamente en las interrogantes siguientes: **Ante casos de ésta índole, ¿Cuál de los dos derechos consideras que se debe ponderar ante el otro?**; En caso de que hayas optado por el derecho a la educación presencial, **¿Estarías dispuesto a aceptar las consecuencias de contagio que trae consigo el regreso a clases presenciales?**; y final-

mente, después de la lectura de este artículo, **¿Cuáles son las mejores opciones que las autoridades deben garantizar para resolver el conflicto que éstas dos posturas generan en tiempos de pandemia?**