

El derecho a la educación en Argentina: excepción e (i) razonabilidad

The right to education in Argentina: exception and (i) reasonability

Jorge Alejandro Amaya*¹

¹ Universidad de Buenos Aires, Argentina

* Profesor ordinario de Derecho Constitucional

Cómo citar:

Amaya, J. A. (2022). El derecho a la educación en Argentina: excepción e (i) razonabilidad. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 22, e7424. <https://doi.org/10.17561/rej.n21.7424>

Recibido: 17/enero /2022 / Aceptado: 28/enero /2022

Resumen

El trabajo aborda la tensión constitucional de la restricción al derecho a la educación presencial en Argentina durante la pandemia del Covid-19, mediante decretos de emergencia dictados por el Poder Ejecutivo, invocando el derecho a la salud colectiva. Desde una mirada constitucional, se confronta la importancia de ambos derechos en el sistema argentino e interamericano; así como los requisitos constitucionales y jurisprudenciales de la Corte Suprema Argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la restricción de los derechos. La conclusión estriba en el hecho que, la reiteración a lo largo del año 2020 y 2021 de decretos de emergencia que impusieron la suspensión de las clases escolares, afecta tanto a la Constitución Nacional como a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derecho a la educación, derecho a la salud, Restricciones de derechos, Decretos de necesidad y urgencia, Razonabilidad

Abstract

The work addresses the constitutional tension of the restriction of the right to face-to-face education in Argentina during the Covid-19 pandemic, through emergency decrees issued by the Executive Power, invoking the right to collective health. From a constitutional point of view, the importance of both rights is confronted in the Argentine and Inter-American systems, as well as the constitutional and jurisprudential requirements of the Argentine Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights for the restriction of rights. The conclusion rests on the fact that the reiteration throughout 2020 and 2021 of emergency decrees that imposed the suspension of school classes affects both the National Constitution and the American Convention on Human Rights.

Keywords: Right to education, right to health, Restrictions of rights, Decrees of necessity and urgency, Reasonableness

SUMARIO

I. Introducción. II. Emergencia sanitaria y excepcionalidad. III. Derecho a la educación e interés superior del niño. IV. Derecho a la salud en la constitución argentina y en los tratados de derechos humanos. V. Interpretación y control. Razonabilidad y proporcionalidad. VI. El cierre de las escuelas en argentina y su examen de constitucionalidad. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La restricción al derecho a la educación presencial en Argentina durante la pandemia del Covid-19 por medio de decretos de emergencia dictados por el Poder Ejecutivo, toda vez que se invoca el derecho a la salud colectiva, aconseja analizar la tensión constitucional involucrada en el caso, y en particular, los estándares jurisprudenciales del control constitucional de los decretos de excepción.

Recordemos que la reforma constitucional argentina de 1994 reguló los decretos de excepción o necesidad y urgencia (en adelante DNU) en el artículo 99° de la Constitución Nacional (en adelante CN) referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo (en adelante PE) consignando, como regla, el siguiente precepto en el inciso 3 del aludido artículo: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

Sin embargo, en el mismo inciso, se previó que - en circunstancias excepcionales - el PE pueda dictar DNU, hecho que lógicamente ha de ser materializado respetando las exigencias que estipulan el propio texto constitucional, y los estándares que al respecto ha venido delineando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN).

Así el citado artículo 99° inc. 3, establece: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas

de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”. Dicha ley fue sancionada el 20 de junio de 2006 y promulgada el 27 de julio 2006, bajo el número 26.122.

Como se desprende del precepto legal transcrito en el párrafo precedente, la Constitución reformada estableció un *marco normativo constitucional* para tener por válidos las disposiciones de carácter legislativo que emita el PE:

- A) Deben darse circunstancias excepcionales;
- B) Debe existir imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes;
- C) En ningún caso los DNU pueden estar referidos a materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Las circunstancias excepcionales que requiere la CN exigen que para que existan razones que justifiquen el dictado de un DNU deben darse simultáneamente tres situaciones:

- a) Una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para *superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado o de grave riesgo social*. En tal sentido la emisión del acto ha de ser inevitable e imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, sino imposible reparación ulterior;
- b) Una *proporción adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas* que prescribe el reglamento;
- c) La *premura* con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios.

Con respecto a la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, cabe aclarar que ha de tratarse de una imposibilidad funcional. En modo alguno configura esta hipótesis la existencia de razones políticas, como puede ser no contar con el quórum necesario o las mayorías exigidas.

Por último, aun cuando se den las circunstancias excepcionales, el Poder Ejecutivo no podrá dictar disposiciones de naturaleza legislativa que versen sobre las cuestiones prohibidas.

Además del control parlamentario, los DNU pueden ser objeto de control judicial, en especial en cuanto a su constitucionalidad en casos de agravios concretos.

En este sentido, la mayor parte de la doctrina constitucional adhiere a un control *amplio y pleno*. Es decir, abarcar tanto los aspectos que hacen a meritar si se dieron las circunstancias excepcionales; si existe proporción entre el remedio y los males que se pretenden evitar; si fue imposible seguir los trámites ordinarios; si no refiere a normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos; y si se ha seguido el trámite formal que exige la CN.

Pero la CSJN no siempre ha sostenido esta tesis, aunque se puede afirmar que ha ido, con el tiempo, incrementando progresivamente el control (Amaya, 2018b).

En *Video Club Dreams* (CSJN, 1995), la Corte retomó el estándar de legitimidad previa fijado en “Peralta” (CSJN, 1990) de requerir un grave riesgo social (el cual omitirá en el caso siguiente) que hiciera necesario el dictado las medidas impuestas, afirmando que los motivos que impulsaron al dictado de los decretos cuestionados no exhibían una relación con tales circunstancias. En Rodríguez, el Alto Tribunal sentó los siguientes estándares de control en obiter dicta (CSJN, 1997): a) El decreto no incursiona en las materias taxativamente vedadas, no presenta defectos formales y se encuentra regularmente inscripto dentro de las funciones propias del Poder Ejecutivo de modo que sólo puede considerarse sometido al pertinente control del Poder Legislativo (en adelante PL) a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos de valoración política que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo de dictar DNU, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia; c) No existe justificación para la intervención del Poder Judicial (en adelante PJ) en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendiente de tratamiento por parte de uno de ellos, el Congreso de la Nación.

En *Verrocchi*, la CSJN sentó los siguientes estándares estrictos de control: a) El art. 99 inciso 3° dispone que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del PE se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales; b) Para que el PE pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un

plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes; c) Es atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia correspondiendo descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (CSJN, 1999). Este caso, como vemos, sienta una doctrina de control intenso por parte del Tribunal ya que se examina el cumplimiento del debido proceso sustantivo y adjetivo y analiza la razonabilidad de la medida, exigiendo motivación concreta en los hechos y circunstancias que habrían impulsado la sanción de los decretos.

En *Guida*, la CSJN flexibilizó las reglas establecidas poco tiempo antes en el caso *Verrocchi* (CSJN, 2000a). En *Risolia de Ocampo* sostuvo que los requisitos indispensables para la validez de un DNU es que tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad, y no de determinados individuos, en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (CSJN, 2000b).

En *Cooperativa del Trabajo Fast Limitada* (CSJN, 2003) reiteró la doctrina sentada en *Verrocchi*; y en *Consumidores Argentinos* (CSJN, 2010) sostuvo: a) el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco por lo que no puede sostenerse que el PE pueda sustituir libremente la actividad del PL o que no se halla sujeto a control judicial; b) La admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del PE se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad; c) corresponde un control judicial estricto cuando el Presidente invoca funciones legislativas excepcionales que por regla constitucional no le pertenecen, conforme artículos 44 y 99, inciso 3º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional (CSJN, 2010).

Con todo, podríamos sostener que la CSJN a través de su doctrina de los últimos veinte años ha esbozado dos posiciones diferentes, pero no necesariamente contradictorias, que podríamos denominar: *doctrina del control intenso*; y b) *doctrina del control procedimental*. Una especie de *hard* y *soft* control.

La perspectiva de la clasificación parte de diferenciar entre un control que incluya o excluya el análisis de las circunstancias o razones en que se fundamenta la necesidad y urgencia que motiva del DNU.

Para la doctrina del control intenso, las facultades para dictar un DNU son admitidas – según la CSJN – en condiciones de rigurosa excepcionalidad para

limitar y no para ampliar el sistema presidencialista; y la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del PE se hace con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (doctrina de, caso *Consumidores Argentinos*).

Los jueces – para esta doctrina - pueden controlar la existencia del estado de necesidad y urgencia invocado por el Ejecutivo, evaluando en el caso concreto el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos (doctrina de los casos *Verrocchi* y *Risolia de Ocampo*).

Así, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del PE que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son; así como que el texto de la CN no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (doctrina de los precedentes *Verrocchi*; *Cooperativa del Trabajo Fast Limitada* y *Consumidores Argentinos*). Pero, también, el máximo Tribunal acudió en alguna etapa a la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales, a través de la falta de agravio concreto, causa o gravamen, sosteniendo que es al Congreso, órgano depositario de la soberanía popular, a quien la Carta Magna atribuye una excluyente intervención en lo que hace al control de los DNU, entendiendo que tal medida no puede ser interferida por el Poder Judicial (doctrina de *Rodríguez*).

II. EMERGENCIA SANITARIA Y EXCEPCIONALIDAD

La pandemia de Covid-19 ha traído innumerables cambios en nuestra vida en sociedad. En el transcurso del 2020 nos hemos adaptado a una *nueva normalidad* imposible de prever dos años atrás. Los gobiernos han asumido un rol protagónico en la crisis, no siempre con adecuado criterio y razonabilidad.

Ciertas medidas gubernamentales han desbordado el límite del poder y avasallado derechos humanos que creíamos consolidados en nuestra esfera personal. El caso de la Provincia de Formosa en el territorio nacional (recordemos que Argentina es un país federal) donde debió intervenir la CSJN para asegurar derechos de libre tránsito e ingreso a la provincia por parte de personas residentes, dejó a la desnuda dicha afirmación.

No ha sido el único caso de abuso estatal, aunque sí uno de los más visibles y repudiados porque no se trataba de abusos aislados, sino de una maquinaria estatal atentatoria de la dignidad humana.

En el marco de esta emergencia sanitaria muchos derechos individuales se han restringido al máximo, incluso los derechos que no pueden suspenderse en épocas de emergencia, conforme lo establece el art. 27 de la CADH, como los derechos a la nacionalidad, familia o al principio de legalidad y retroactividad, y otros derechos básicos como el de trabajar y ejercer toda industria lícita, circulación, o domicilio.

En la República Argentina el Presidente invocando facultades de emergencia (DNU) tipificó figuras penales en violación a los arts. 99 Inciso 3, 18 y 109 de la CN; todos los derechos civiles consagrados en el art. 14 CN quedaron al arbitrio de un solo Poder del Estado (el control constitucional por parte del PJ ha sido excepcional y esporádico) quien decide quien trabaja y quién no; quien conserva su negocio o quien quiebra; quien puede circular libremente y quién no; quien puede reunirse con sus familiares y quién no. Quienes puede retornar a su domicilio estando en el extranjero o en otro punto del país y quién quedará su suerte en el exterior. Provincias que cierran sus límites territoriales; o municipios que edifican terraplenes para prohibir el ingreso entre vecinos al que los separa solo una calle. Una situación *kafkiana* inimaginable para el derecho constitucional tan solo dos años atrás.

El derecho a la educación no estuvo al margen de variados cambios y restricciones. La educación experimentó durante el año 2020 una mutación de modalidad. La tradicional presencialidad, es decir, la asistencia de los estudiantes a los colegios y el dictado de clases por parte de docentes se reemplazó abruptamente por la *virtualidad*. Clases vía plataformas Web (Zoom, Classroom) o aplicaciones (Whatsapp), documentos compartidos, no obligatoriedad de asistencia y ausencia de exámenes y evaluación de contenidos, caracterizó al año pasado, al punto tal que numerosas voces se alzaron para manifestar el gravísimo impacto que tendría en los niños, niñas y adolescentes la ausencia de presencialidad en las aulas: la deficiencia en el aprendizaje, la falta de sociabilización, los efectos psicológicos.¹

En Latinoamérica, Argentina fue uno de los países del mundo que sostuvo las respuestas más estrictas a la pandemia, incluido el cierre total de las escuelas durante el año 2020 y gran parte del 2021. Esta política tan restrictiva abrió camino a reclamos sobre la apertura de las clases presenciales al iniciar el ciclo 2021. Parecía claro el criterio de no retornar a la situación de *virtualidad*.

De hecho, en todos los establecimientos escolares se establecieron pautas rígidas y protocolos de actuación, aislándose a grupos de alumnos en las denominadas *burbujas*, fijando horarios reducidos, número limitados de

asistentes, aulas ventiladas, entre otras tantas medidas preventivas de posibles contagios.

El sector público de salud no evidenciaba datos sobre la correlación de casos de Covid-19 con la presencialidad de las clases o la apertura de las escuelas. De hecho, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ciudad más habitada del país, y por consiguiente con mayor riesgo de transmisibilidad del virus, informaba que el índice de contagiosidad en alumnos era muy bajo.

Sin embargo, luego de más de un año de escuelas cerradas y a pesar que el Ministro de Educación y la Ministra de Salud ratificaran el retorno a las escuelas abiertas, el 14 de abril de 2021 el Presidente de la Nación, invocando nuevamente facultades extraordinarias de emergencia, anunció una nueva etapa de restricciones y dispuso por DNU el cierre de escuelas y el retorno a la modalidad virtual (DNU N° 242/21) tensionando nuevamente derechos constitucionales individuales y colectivos fundamentales: el derecho a la educación y el interés superior del niño frente el derecho a la salud.

Sostenemos que la restricción ha sido irrazonable a la luz de la jurisprudencia de la CSJN que hemos revisado en el punto anterior; y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH).

III. DERECHO A LA EDUCACIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño implica un parámetro de interpretación que privilegia la tutela integral del niño y de la niña por sobre otros intereses o circunstancias. Este parámetro, resulta aplicable a todo acto o medida, sea individual o general, que alcance o afecte a niños y niñas. Las políticas públicas deben ceñirse a este criterio, y son los magistrados quienes deben velar por su cumplimiento en los casos concretos que tengan que resolver.

El apartado 1° del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la expresión que sirve de guía para la tutela efectiva: el interés superior del niño (ONU, 1989).

En la Opinión Consultiva N° 17, la CorteIDH expresó sobre este punto que “el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el

ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental (...)”.

En dicha Opinión, queda en evidencia que el principio del “interés superior del niño” es un principio de resolución de conflictos entre derechos, y/o como una guía para la evaluación de leyes, prácticas y políticas referidas a la infancia (CorteIDH, 2002).

En relación con la educación, tanto la Convención como la Opinión Consultiva, afirman el derecho acceso efectivo a la educación, al derecho a recibir apoyo en la aplicación de conocimientos y, en general, a la posibilidad real de recibir una educación integral y de calidad.

En este sentido, los artículos 28 y 29 de la Convención, establecen sendas obligaciones para los Estados Parte en torno del derecho de los niños y niñas a la educación y, con la finalidad que puedan ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho.

En particular, señalan el deber de implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; de hacer que todos dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; de encaminar la enseñanza de modo que se desarrollen la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; así como el deber de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

En cuanto a la educación, cabe agregar que el artículo 3° de la Ley 26.206 (Ley Federal de Educación), establece que la educación es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y fortalecer el desarrollo económico-social de la Nación.

La educación es un derecho fundamental consagrado en la CN desde su origen. El artículo 14 CN lo consagró como la “libertad de enseñar y aprender”, con la terminología propia del siglo XIX y el artículo 5 CN establece como garantía federal que cada provincia dicta una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; asegurando su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria.

Su contenido ha ido ampliándose, pero conserva su carácter esencial en la dinámica constitucional. Tal como lo señaló el querido maestro y amigo Germán Bidart Campos (2003) la fórmula de “enseñar y aprender” (del

art. 14 CN) ha de interpretarse como alusiva a contenidos mucho más amplios, comprensivos del derecho a la educación y a la cultura, el derecho a informarse, a investigar en todos los campos del saber humano, a difundir los conocimientos, informaciones, investigaciones, etc.

Los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos contienen expresos preceptos referentes a este derecho. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce este derecho en sus artículos 12 y 31; la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 26; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluye numerosas expresiones y características de la libertad de enseñanza a las cuales deben adecuarse las leyes de los Estados Parte.

La concepción del derecho fundamental a la educación como piedra angular del Estado constitucional de derecho, implica otorgarle categoría de derecho humano básico, no sólo en orden a los individuos sino al sistema mismo, dado que si se violenta severamente esta libertad, se ponen en jaque los demás valores y principios inherentes a la sociedad democrática.

El Estado es sujeto pasivo de ese derecho por cuanto se encuentra obligado a no impedir que cualquier persona se eduque, a facilitar y promover el libre acceso y la igualdad de oportunidades y posibilidades de todos para recibir e impartir enseñanza sin discriminación alguna, y a estimular y respetar la enseñanza pluralista (Bidart Campos, 2003).

IV. DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA Y EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

La CN, en su versión originaria de 1853, no hizo mención alguna al derecho a la salud ni al derecho a la vida. Como todas las Constituciones de los siglos 18 y 19 solo receptaron los derechos civiles y políticos, llamados de primera generación constitucional, sustentados en el valor de la libertad y en una visión negativa del Estado, ya que el Estado constitucional clásico no previa una intervención positiva en la regulación de los derechos. En su primera reforma de 1860, la Constitución Argentina incorporó su artículo 33 de derechos no enumerados o implícitos siguiendo la senda de su fuente norteamericana que lo hizo en la Enmienda IX.

Recién en 1949 (con una reforma constitucional que luego fue dejada sin efecto) y siguiendo la corriente del constitucionalismo social, cuyo valor vértice es la igualdad, y receptado primariamente por las Constituciones de México (1917) y Alemania (1919) la Constitución Argentina incorporó por

primera vez en forma expresa los derechos a la educación y a la salud (art. 37.I. 5 Constitución de 1949).

La última reforma de 1994 no consagró el derecho a la salud en su actual dimensión, ya que solo el art 42 CN referido al derecho de los consumidores estableció que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud (...)”. Sin perjuicio de ello, como la Constitución Argentina estableció en su artículo 75 inciso 22 que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, la escueta referencia constitucional se cubrió con lo normado en los mismos los cuales reconocen a la salud como un derecho humano básico, relacionado con la vida, la integridad física y el bienestar de la familia.

Así lo hacen la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25.1; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 12; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial en su artículo 5, inciso; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el artículo 11.f, 12 y 14; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XI; y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

La CADH o Pacto de San José comprometió a los Estados Parte a un desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26).

Asimismo, el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) en su artículo 10 reconoce a la salud como un “bien público” por lo que “Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

V. INTERPRETACIÓN Y CONTROL. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

La normativa existente sobre los derechos en pugna: educación como derecho individual y colectivo y salud como derecho individual y social, principalmente por efecto de la incorporación de los tratados de DDHH con jerarquía constitucional en el sistema jurídico argentino y la Jurisprudencia tanto de la CSJN y de la CorteIDH, reafirman la idea que estamos en presencia de derechos fundamentales y que ambos participan de los caracteres esenciales

de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y de los principios de progresividad y no regresividad.

Asimismo, ambos derechos encuentran relación y protección especial en el artículo 27 de la CADH que atribuye un rango prioritario especial a determinados derechos entre los cuales se enumera la vida (art. 4); la protección de la familia (art. 17) y del niño (art. 19) afirmando que en situaciones de emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación.

¿Cómo resolver este conflicto de derechos humanos fundamentales que participan ambos del carácter de derechos individuales y colectivos?

Una primera pauta de interpretación lo brinda el artículo 30 de la CADH al afirmar que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La CorteIDH aclaró que las leyes a que se refiere el artículo 30, son los actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Agregó que sólo la ley formal tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, y ello no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la Constitución, además, que se ejerzan dentro de los límites impuestos y, finalmente, que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos (1986).

Debemos también considerar el citado artículo 27 de la CADH que impone a las situaciones de emergencia que invoque el Estado para restringir derechos un claro límite temporal. Las restricciones no pueden dictarse sine die, ni ser renovadas indefinidamente como forma de evadir por parte del Estado esta limitación.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 29, *in fine*, de dicho tratado, ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella; y de acuerdo a los artículos 30 y 32.2 las restricciones que la propia convención autoriza respecto de los derechos y libertades no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, y que los derechos de cada persona están limitados por los

derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Como vimos, la validez constitucional de una norma no se limita a su control formal o adjetivo; es necesario evaluar la relación existente entre los fines perseguidos por la ley y los medios arbitrados por el legislador para la persecución de tales fines, a la luz de los derechos constitucionales.

Dicho ejercicio interpretativo se conoce en los Estados Unidos de América como principio de razonabilidad, y como principio de proporcionalidad en Europa continental.² Son muchas las semejanzas entre el principio de proporcionalidad del derecho continental europeo y el principio de razonabilidad (*substantive due process o reasonableness*), de cuna anglosajona, pero lo que une fundamentalmente a uno y otro es la posibilidad, por parte del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad—sea un sistema difuso o concentrado— de hacerlo sobre la sustancia o el contenido de los actos estatales (Amaya, 2018a).

El principio de proporcionalidad ha sido definido como el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles—ley del mínimo intervencionismo—), y “proporcional” en sentido estricto; es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades (Barnes, 1994).

La CorteIDH tiene pacíficamente dicho que la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que, de no ser respetadas, transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención. La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana: a) requisito de legalidad de la restricción; b) finalidad de la condición y; c) finalmente el requisito de necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la condición. Con el fin de analizar el cumplimiento de este último requisito, la CorteIDH valora si la condición habilitante: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al

logro del objetivo legítimo. La jurisprudencia de la CSJN, en su tendencia al control estricto, camina en la misma dirección.

VI. EL CIERRE DE LAS ESCUELAS EN ARGENTINA Y SU EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

Como vimos, la CSJN a través de su doctrina de los últimos veinte años ha esbozado dos posiciones diferentes, pero no necesariamente contradictorias respecto del control de constitucionalidad de los DNU o decretos de emergencia: la que definimos como a) doctrina del control intenso; y la que llamamos b) doctrina del control procedimental.

Así, si aplicamos los estándares de control delineados por la CSJN en su última jurisprudencia al último decreto de emergencia que reiteró las suspensiones de la educación presencial en Argentina (Nº 241/2021) advertimos que el mismo no afronta exitosamente los mismos. Ni el test del control procedimental, ni el del control intenso.

Como primer punto argumentativo (a favor en este caso del decreto) podríamos sostener que los decretos de emergencia del presidente argentino que suspendieron la educación presencial en el país en reiteradas oportunidades encuadran en el concepto de ley formal y material conforme la interpretación que hace la CorteIDH, ya que estaríamos en presencia de una delegación prevista por la Constitución (art. 99 inciso 3º CN).

Pero, conforme revisamos en el punto 1. de este trabajo la norma constitucional que regula los decretos de emergencia en la Constitución Argentina facultad al PE a dictar estas normas de emergencia en “(...) circunstancias excepcionales (que) hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes.” y la jurisprudencia de la CSJN tiene establecido pacíficamente respecto de esta imposibilidad que ha de tratarse de una imposibilidad funcional no política, como puede ser no contar con el quórum necesario o las mayorías exigidas.

El PE argentino dictó su primer DNU (Nº 297/2020 del 19 de marzo de 2020), imponiendo severas restricciones a los derechos constitucionales, entre ellos la asistencia de los niños y niñas a las escuelas, el 19 de marzo de 2020 durante el periodo de sesiones ordinarias del Poder Legislativo y continuó utilizando esta herramienta excepcional hasta el día de hoy, es decir durante el transcurso de dos periodos ordinarios de sesiones.

Además, la repetición reiterada por más de un año (cada quince días aproximadamente) de los decretos de emergencia suspendiendo las clases

educativas presenciales desnaturaliza claramente la condición impuesta por el artículo 27 de la CADH en cuanto a la limitación temporal de las restricciones de los derechos. La solución legislativa excepcional que podría haber estado justificada en marzo de 2020 por un tiempo expresamente acotado, hoy aparece más próxima a la conveniencia del PE sobre la elección del medio (decreto y no ley) que a una verdadera urgencia que se hiciera incompatible con el que demanda del trámite normal de las leyes para paliar una situación excepcional. La imposibilidad de recurrir al órgano natural (PL) no surge por razones de fuerza mayor, sino por razones políticas que implican la propia negación del funcionamiento democrático. La prueba más evidente de lo dicho es que recientemente el PE envió un proyecto de ley por el cual se le delegan amplias facultades restrictivas de los derechos, y como no logra- por el momento - el consenso legislativo, continúa legislando por decreto.

A su vez, tiene dicho la CSJN que, aunque “el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (conf. Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, entre otros).

Asimismo, cabe agregar que el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional. De esta forma, la razonabilidad implica la condición sustantiva que debe reportar la norma, el acto, o la medida en cuestión: en el caso de la norma en cuestión el artículo 2° del DNU 241/21, en tanto suspende nuevamente la presencialidad en los establecimientos educativos.

La medida cuestionada no contempla las particularidades de cada ámbito jurisdiccional. Por ejemplo, el gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires había exhibido públicamente información estadística sobre los índices de contagiosidad en el ámbito escolar resultando sumamente exiguo este porcentaje de contagios de covid-19, comparado con el total de nuevos contagios en el ámbito de la Ciudad.

Sin embargo, la normativa de emergencia se limitó y se limita a expresar consideraciones de suma generalidad y exponer meros epítetos, tales como: “áreas de alto riesgo epidemiológico y sanitario del país”; “tensión en el sistema de salud en todos sus niveles, así como el riesgo de su saturación y, a causa de ello, un “previsible incremento en la mortalidad”; “aumento exponencial de casos” entre otros, sin brindar información comprobable

alguna, ni justificar de forma adecuada las graves restricciones a los derechos individuales y colectivos.

La reglamentación de emergencia menciona que “la reducción transitoria de la circulación de personas relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud”. Sin embargo, ni la alegada demora en la velocidad de contagios aparece comprobada con el menor criterio objetivo, ni la situación de mayores contagios se vincula de modo cierto con la actividad escolar.

De modo que la medida, sumamente restrictiva a los derechos de miles de estudiantes carece de una justificación siquiera verosímil y apela, en el mejor de los casos, a una paupérrima sucesión de frases vacías de contenido.

Es interesante recordar -a esta altura del análisis- el primer caso en la historia de la CorteIDH en el que se declaró la violación del derecho a la educación consagrado en el art. 13 del “Protocolo de San Salvador”: “González Lluy y otros vs. Ecuador” (CorteIDH, 2015), el cual trató sobre una niña portadora del virus HIV a la cual se le suspendió la asistencia a clases cuando las autoridades tomaron conocimiento de la enfermedad.

La madre promovió una acción de amparo contra el Ministerio de Educación y Cultura y la escuela fundando la acción en una presunta privación al derecho a la educación de su hija. El Tribunal Distrital rechazó el amparo invocando que existía un conflicto de intereses entre los derechos individuales de la niña frente a los intereses de un conglomerado estudiantil colisión que hacía que predominaran los sociales o colectivos, como lo es el derecho a la vida frente el derecho a la educación.

La CorteIDH concluyó que era sumamente reducido el riesgo de contagio que pudiera afectar a niños y niñas compañeros de la niña afectada. Destacó que el medio elegido (la decisión que no asistiera a clase) era entre otras “la más lesiva y desproporcionada” para proteger la integridad de las otras niñas y niños. Faltó un juicio de necesidad y proporcionalidad de la medida, utilizando para fundarla argumentos abstractos, estereotipados y suposiciones, y no en la valoración de la prueba. No se probó que la motivación en que se fundó la decisión fuera adecuada para cumplir la finalidad querida.

Así, señaló que el Estado ecuatoriano había violado el derecho a la educación de la niña contenido en el art. 13 del Protocolo de San Salvador.

VII. CONCLUSIÓN

Desde nuestra perspectiva la normativa de emergencia argentina que reiteradamente ha suspendido las clases presenciales en las escuelas del país es claramente inconstitucional si aplicamos tanto un control procedimental como si utilizamos (como entendemos debería ser) la doctrina del control estricto, ya que afecta irrazonablemente el derecho fundamental individual y colectivo a la educación (entre otros derechos restringidos “irrazonablemente” como los de transitar, domicilio e ingresar y salir libremente del territorio nacional a sus habitantes) y no solventa exitosamente el test de razonabilidad o debido proceso sustantivo.

Creemos que la CSJN debería aplicar siempre un control estricto sobre todas las normas auto-tituladas de emergencia, exigiéndole al Gobierno que justifique y argumente sobre las necesidades esenciales del Estado para restringir el o los derechos en cuestión; y la inexistencia de otro medio menos restrictivo del derecho en juego que el elegido (Bianchi et al., 2020). Creemos que la Corte Suprema Argentina se encamina progresivamente hacia esa dirección, y es de esperar que esa senda se afiance y no extravíe el rumbo frente a los permanentes embates y presiones que sufre el Alto Tribunal desde la política agonal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2002). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amaya, J. A. (2017). *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*. 5ta. edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- Amaya, J. A. (2018a). *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*. Tomo 1, Buenos Aires: Astrea.
- Amaya, J. A. (2018b, febrero). La evolución de los estándares del control constitucional de los DNU. *Revista Jurídica La Ley*, suplemento especial, 25-36.
- Barnes, J. (1994, septiembre – diciembre). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*, 135, 500.
- Bianchi, A. y Sacristán, E. (2020, 30 de junio). Salud versus libertad personal: ¿es esa la cuestión? (Un reexamen del control de razonabilidad a propósito del Covid-19). *El Derecho, Revista de Derecho Administrativo*, 6.

Bidart Campos, G. (2003). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar.

Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad*. Buenos Aires: Eudeba.

Sapag, M. (2009). El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional de poder al Estado: un estudio comparado. *Dikaion*, 17. Recuperado el 17 de julio de 2021 de <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1401>

Legislación

Constitución de la Nación Argentina

Ley 26.122, sanción 20/06/2006, promulgación 27/07/2006

Ley 26.206, sanción 14/12/2006, promulgación 27/12/2006

DNU N° 297/2020, Boletín Oficial de la República Argentina, 20/03/2020

DNU N° 242/2021, Boletín Oficial de la República Argentina, 19/04/2021

Jurisprudencia y opiniones consultivas

CorteIDH (2002), Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002.

CorteIDH (1986), Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986. Serie A, N° 6.

CorteIDH (1985), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. Serie A, N° 5.

CorteIDH (2008a), *Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008.

CorteIDH (2008b), *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 6 de agosto de 2008.

CorteIDH (2015), *González Lluy y otros vs. Ecuador*, sentencia del 1° de septiembre de 2015.

CSJN (1887), *Sojo, Eduardo s/ recurso de habeas corpus*, Fallos 32:125, sentencia del 22 de septiembre de 1887.

CSJN (1888), *Procurador Municipal c/Doña Isabel A. de Elortondo s/ expropiación*, Fallos 33:162 sentencia del 14 de abril de 1888.

CSJN (1990), *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía - BCRA.) s/ amparo*, Fallos 313:1513, sentencia del 27 de diciembre de 1990.

- CSJN (1995), *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ amparo*, Fallos 318:1154, sentencia del 6 de junio de 1995.
- CSJN (1997), *Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 320:2851, sentencia del 17 de diciembre de 1997.
- CSJN (1999), *Verrocchi, Ezio D. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas*, Fallos 322:1726, sentencia del 19 de agosto de 1999.
- CSJN (2000a), *Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 323:1566, sentencia del 2 de junio de 2000.
- CSJN (2000b), *Risolia de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César y otros s/ ejecución de sentencia (incidente)*, Fallos 323:1934, sentencia del 2 de agosto de 2000.
- CSJN (2002), *Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo*, Fallos 322:3122, sentencia del 20 de septiembre de 2002.
- CSJN (2003), *Cooperativa del Trabajo Fast Limitada c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo de la Nación - dto. 1002/99*, Fallos: 326:3180, sentencia del 1 de septiembre de 2003.
- CSJN (2010), *Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto.558/02-SS - ley 20.091*, Fallos 333:633, sentencia del 19 de mayo de 2010.
- CSJN (2020), *Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo*, Causa 2774/2020/CS1, sentencia de 19 de noviembre de 2020 (fallo “Formosa”).
- CSJN (2021), *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Causa CSJ 567/2021 “d”, sentencia del 4 de mayo de 2021.

Otros documentos e instrumentos normativos

- OEA (1948), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia internacional americana, Bogotá.
- OEA (1999), Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999.
- OEA (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

OEA (1988), Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado el 17 de noviembre de 1988.

ONU (1989), Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Aprobada en Argentina por ley 23.849, sancionada el 27 de setiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre del mismo año.

ONU (1948), Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París.

ONU (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptada por resolución 2200A (XXI), el 16 de diciembre de 1966.

ONU (1965), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965.

ONU (1979), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado en 1979.

Notas

- 1 El Director Regional de la Organización Mundial de la Salud para Europa, Hans Kluge, se expresó a favor de que los niños puedan seguir asistiendo a clases presenciales, con las medidas de protección y protocolos adecuados. En la misma línea, UNICEF alertó de los efectos perjudiciales del cierre permanente de las Escuelas.
- 2 Un completo trabajo respecto del desarrollo del principio de razonabilidad en los Estados Unidos de América, en Sapag (2009).