

DERECHO A LA EDUCACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD-Articulación del Sistema Educativo Oficial con el Sistema General de Seguridad Social en Salud

(...), la intervención del juez constitucional en el presente asunto se justifica en una situación de afectación a los derechos del menor derivada de (i) su situación socioeconómica y estado de salud, que junto a su edad le otorgan la calidad de sujeto de especial protección constitucional; (ii) la presencia de limitaciones que impiden su regular desempeño en todos los ámbitos de la vida cotidiana, y en particular, en el aula educativa; en virtud de lo cual (iii) la activación de los deberes oficiosos del juez se hace aún más evidente, pues al conocer un caso que implique estas connotaciones de vulnerabilidad, el juez constitucional no podría adoptar una actitud pasiva y limitarse a negar el amparo.

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Inexistencia para el caso

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Procedencia de la acción de tutela para su protección

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Obligación del Estado de garantizar la prestación del servicio de salud

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Cobertura/PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Sistema de exclusiones

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Tratamiento integral

(...) la integralidad en el servicio implica que los agentes del sistema practiquen y entreguen en su debida oportunidad los procedimientos e insumos prescritos. Así las cosas, este grado de diligencia debe determinarse en función de lo que el médico tratante estime pertinente para atender el diagnóstico del paciente.

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Fundamental

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Subreglas en relación con el tipo de educación que deben recibir menores con discapacidad

PLAN INDIVIDUAL DE AJUSTES RAZONABLES EN EDUCACION INCLUSIVA-Alcance y contenido

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Transporte y alimentación como componentes de acceso y permanencia al sistema educativo

DERECHO A LA EDUCACION-Obligaciones presupuestales de las entidades territoriales en materia educativa

EDUCACION-Obligación de los padres/DEBERES DE LOS PADRES DE FAMILIA-Obligación de brindar educación a sus hijos

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PRINCIPIO DE INTERDICCION DE ARBITRARIEDAD-Prohibición de regresividad o prohibición de retroceso

(...), la Corte ha exigido que, de presentarse una medida regresiva en la garantía de los derechos fundamentales, ello se haga con una motivación suficiente por parte de las autoridades administrativas, y, más concretamente, ha establecido que deberá adelantarse un juicio de progresividad y no regresión que supone un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Referencia: Expediente T-8.092.410

Acción de tutela interpuesta por APM, obrando en representación del menor MSP, contra Sura EPS.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. CUESTIÓN PREVIA

1. En la medida en que la presente tutela involucra la protección de los derechos fundamentales de un menor de edad, y en particular, el tratamiento de datos sensibles relativos a su salud y la situación del núcleo familiar, se reemplazarán los nombres de las partes e instituciones involucradas por siglas ficticias en la versión que sea publicada por la Relatoría. Lo anterior, a efectos de preservar en mayor medida la intimidad del sujeto de especial protección constitucional involucrado¹.

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El día 10 de diciembre de 2019, la señora APM, obrando en calidad de madre del menor MSP, interpuso acción de tutela contra Sura EPS solicitando la protección del derecho fundamental a la salud de su hijo.

1. Como fundamento de su solicitud, la accionante expuso que el menor fue diagnosticado con “retardo mental moderado, trastorno de la conducta no especificado, discapacidad intelectual, trastorno de la conducta, perturbación de la actividad y de atención TDAH y vejiga hiperactiva, astigmatismo y dictamen de PCL del 70%”, motivo por el cual sus médicos tratantes le han prescrito “adecuaciones curriculares” con el fin de promover una formación integral acorde a sus necesidades específicas, y en especial “su desarrollo cognitivo, social y

afectivo”.

1. Como consecuencia de ello, manifestó haber solicitado a la entidad accionada financiar los servicios de educación y transporte que el menor requiere, pero en respuesta le fue informado que “el sistema educativo no está financiado por el sistema de seguridad social en salud, sin perjuicio de las valoraciones y tratamientos por especialistas en salud a que el menor tiene derecho”. En tal sentido, la accionada agendó una valoración por neurología infantil, en la que se manifestó a la accionante que “la EPS no permite dar órdenes para ingreso a instituciones educativas”.

1. Por lo expuesto, a juicio de la señora APM Sura EPS se encuentra desconociendo las garantías fundamentales de su hijo menor de edad, en tanto que su núcleo familiar no cuenta con los recursos necesarios para financiar por sí mismo la educación en una institución privada de carácter especializado, y la recomendación constante de sus médicos tratantes ha sido que reciba educación con las respectivas adecuaciones curriculares.

1. En consecuencia, solicita que se ordene a Sura EPS asumir “el tratamiento integral y los costos requeridos para vincular a su hijo la IE AB, junto con el transporte requerido para llegar a dicha institución”.

A. HECHOS RELEVANTES

1. El menor MSP, de 14 años de edad en la actualidad², presenta los diagnósticos de “retraso mental moderado³, perturbación de la actividad y de la atención⁴, deterioro del comportamiento significativo, que requiere de atención o tratamiento⁵, otros síndromes de malformaciones congénitas especificados, clasificados en otra parte⁶, TDAH + trastorno

opositor desafiante⁷, 35% PCL⁸ y “enfermedad huérfana – retraso mental sindrómico 52, herencia AD”⁹.

1. Motivo de ello, sus médicos tratantes le han recomendado, y han prescrito “escolarización con adecuaciones curriculares¹⁰ y PIAR¹¹, educación regular con programa de inclusión, realizado con adaptación curricular¹², terapias de rehabilitación cognitiva¹³ y desarrollo de habilidades¹⁴, educación especial (inclusión escolar, modificaciones curriculares)¹⁵ y escolarización en institución especializada, para dar continuidad a proceso terapéutico”¹⁶.

1. En particular, las diferentes instituciones que han valorado al menor MSP han conceptuado que (i) carece del grado de autonomía adecuado para su edad, lo cual limita y condiciona su desempeño en los ámbitos familiar, social y laboral¹⁷, a la vez que cuenta con una PCL del 35%¹⁸; (ii) la forma de interrelacionarse dificulta un buen ambiente para potencializar su aprendizaje y generar empatía con otros compañeros pares, por lo cual “debe continuar en terapia con joining, con el fin de seguir un proceso de estimulación cognitiva y fortalecimiento de los dispositivos básicos del aprendizaje”¹⁹; (iii) presenta una capacidad intelectual por debajo del rango esperado para su edad, es decir, “se ubica en un nivel de compromiso moderado”²⁰; y (iv) teniendo en cuenta el compromiso intelectual moderado, se sugiere ajuste con logros mínimos, incluso de años escolares anteriores a su grado actual²¹.

1. En este contexto, la accionante presentó un derecho de petición ante Sura EPS solicitando la financiación del servicio de transporte entre (i) la IPS “A”, a la que asistía el menor diariamente para recibir “terapias de desarrollo de habilidades”; y (ii) la institución educativa AB, en la cual se encontraba matriculado a ese momento²². Frente a ello, la entidad accionada manifestó haber emitido una autorización de valoración por junta médica que determinaría la procedencia de financiar el servicio de transporte²³.

1. Posteriormente, la accionante presentó una nueva petición en la que manifestó que, según el concepto de los médicos tratantes, su hijo debe ser escolarizado en una institución de educación especializada, no obstante lo cual “la oferta disponible se reduce a instituciones privadas que tienen un elevado costo para una persona en su condición socioeconómica”. Motivo de ello, solicitó a la EPS asumir el costo de matrícula en la institución educativa AB, en la que antes se encontraba matriculado el menor²⁴. Igualmente, la accionante expuso en su derecho de petición que previamente acudió a la Secretaría de Educación del Departamento para efectos de solicitar la escolarización en una institución especializada, no obstante lo cual recibió como respuesta que al ente territorial no le corresponde asumir esta carga²⁵.

1. En respuesta a la anterior petición, la entidad accionada manifestó que “las prestaciones que tienen como finalidad servicios educativos no están financiadas por el Sistema de Seguridad Social en Salud”²⁶, por lo cual no era procedente acceder a lo solicitado. Sin embargo, advirtió que en la documentación allegada podía advertirse que el menor MSP requiere de atención por parte de los especialistas adscritos a la EPS, por lo cual generó una autorización de consulta por neurología infantil. Asimismo, indicó la accionada que en dicho espacio “se definirían las prestaciones que requiere el menor con relación a su estado de salud”²⁷.

1. Manifiesta la señora APM que en cumplimiento de lo anterior su hijo fue valorado por neurología infantil, pero la médica tratante le indicó que “si bien en su concepto el menor debe estar escolarizado en una institución con adecuaciones curriculares, no le era permitido por la EPS emitir la orden correspondiente”²⁸.

1. Señala la señora APM que todas las instituciones que ofrecen servicios de educación especial son de carácter privado y tienen un costo de matrícula y mensualidad que no puede ser asumido por su núcleo familiar, pues el único ingreso con el que cuentan es la pensión de invalidez de su cónyuge, que corresponde a un salario mínimo. En tal sentido, señala que debido al estado de invalidez de este último, y a la condición de su hijo, no le es posible

laborar porque debe asistirlos permanentemente.

1. Por todo lo expuesto, consideró vulnerados los derechos a la salud, integridad física, dignidad humana e igualdad de su hijo, y solicitó que se ordene a la EPS Sura asumir (i) el tratamiento integral de su hijo; (ii) la educación en la IE AB, puesto que se encuentra especializada en personas con necesidades cognitivas especiales; así como (iii) el transporte requerido para los desplazamientos, de tal forma que se garantice efectivamente su derecho a la educación.

A. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADOS

1. El juzgado de primera instancia admitió la acción de tutela y ordenó notificar de la misma a Sura EPS y a la IPS “B”, “en su calidad de prestador del servicio de salud del menor” y vinculado al proceso.

Sura EPS29

1. En primer lugar, la entidad accionada solicitó la vinculación de la Secretaría de Educación del municipio a efectos de que esa entidad se pronunciara sobre las pretensiones contenidas en la acción de tutela. Esto, por cuanto el Decreto 1421 de 2017 estableció que el Ministerio de Educación Nacional promoverá la prestación de un eficiente y oportuno servicio educativo en el sector oficial a la población en situación de discapacidad. Por ello, aclaró de forma preliminar que a la EPS sólo le corresponden los servicios que se encuentren relacionados con prestaciones propias el derecho a la salud.

1. En tal sentido, afirmó que ha garantizado todas las prestaciones de salud que ha requerido el menor, al igual que se encuentra suministrando el servicio de transporte en virtud de un

fallo de tutela que le ordenó “prestar el servicio ida y regreso para que el menor pueda asistir a todas las diligencias en las que deba estar presente por razones de salud”. Sin embargo, pidió al juez tener en cuenta que los recursos del SGSSS “no pueden ser malgastados en servicios ajenos a prestaciones de salud”³⁰.

1. Por último, enfatizó en que no cuenta con un convenio con el colegio AB en tanto se trata de una institución que brinda servicios de educación. De esta manera, sostuvo que la Resolución No. 244 de 2019 prevé dentro de los servicios y tecnologías expresamente excluidos de la financiación por el SGSSS los colegios e instituciones educativas de cualquier tipo. Por ello, afirmó que en línea con lo previsto en el Decreto 1421 de 2017 corresponde a los entes territoriales ocuparse de la educación de los ciudadanos.

Auto de vinculación: Secretaría de Educación del municipio³¹

1. Asimismo, en virtud de la postura asumida por la entidad accionada, el juez de primera instancia resolvió vincular al proceso a la Secretaría de Educación, para efectos de que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela.

1. En respuesta extemporánea³², dicha dependencia se opuso a las pretensiones de la accionante, bajo el argumento de que las necesidades que presenta el menor son clínicas, más no educativas. De esta manera, puso de presente que lo solicitado “hace parte de la rehabilitación integral del menor”, es decir, las adecuaciones curriculares fueron prescritas “en aras de su recuperación”. Esto, se explica en la medida en que lo solicitado tiene por objeto mejorar la calidad de vida a través de la intervención directa en habilidades mentales como la memoria, la atención, el lenguaje y el pensamiento. Luego, esta terapia “es desarrollada por profesionales de la salud; un especialista en neuropsicología, ya sea psicólogo, fonoaudiólogo o médico, psiquiatras, genetista pediatra, pero no un profesional en el ámbito educativo”³³.

1. Por lo expuesto, sostuvo que si bien el Decreto 366 de 2009 impone a las entidades territoriales la obligación de organizar un apoyo pedagógico de cara a la educación inclusiva, lo cierto es que “existen ciertas especificaciones como: lo neuropsicológico, psiquiatría, genetista pediatra y otras relacionadas, que son de carácter médico clínico y no corresponden a la Secretaría de Educación”³⁴. Igualmente, puso de presente que la accionante no se había acercado, a la fecha, a la Secretaría de Educación.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia.³⁵

1. Mediante fallo del 26 de diciembre de 2019, el juez de primera instancia “negó” el amparo solicitado por considerar que, según se evidencia en la historia clínica y documentos aportados, al menor se le venía prestado toda la atención en salud, así como el servicio de transporte en virtud de lo ordenado en otro fallo de tutela. En tal sentido, señaló que de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico³⁶, y especialmente el Decreto 1421 de 2017 en su artículo 2.3.3.5.2.2.137, le corresponde al Estado, a través de los entes territoriales, garantizar el proceso educativo de las personas con discapacidad.

1. Sin embargo, al no haberse acreditado que la accionante haya elevado una solicitud en este sentido ante el ente territorial, consideró que no podía predicarse la vulneración de derechos por parte de la Secretaría de Educación. En consecuencia, indicó a la accionante que debía dirigirse ante la misma, a efectos de solicitar la asignación de un cupo a su hijo en el Sistema Educativo del municipio. Asimismo, indicó a la accionante que si considera incumplida la orden previa sobre garantía del transporte, debe iniciar un incidente de desacato.

Impugnación³⁸

1. La tutelante señaló que los diagnósticos de su hijo se encuentran relacionados con una enfermedad huérfana, específicamente, “síndrome de malformaciones congénitas especificado no clasificado” (ver supra, numeral 7) por lo cual requiere terapias de rehabilitación cognitiva y adecuación curricular. En tal sentido, puso de presente los deberes del Estado de garantizar el tratamiento y rehabilitación de los pacientes de enfermedades huérfanas, en los términos del artículo 3º de la Ley 1392 de 2010. Asimismo, enfatizó en la situación de vulnerabilidad socioeconómica de su núcleo familiar, pues deben atender los gastos del hogar con la pensión de invalidez de su cónyuge, que corresponde a un salario mínimo.

Segunda instancia³⁹

1. Mediante fallo del 3 de febrero de 2020, el juez de instancia revocó la decisión al considerar que la entidad accionada no podía dejar de lado el componente educativo del tratamiento prescrito al menor, pues “se desconocen los precedentes constitucionales en el sentido de que existe una relación muy cercana entre el derecho a la salud y el derecho a la educación”.

1. A partir de lo expuesto, el juzgado concluyó que en el presente caso la EPS accionada desconoció los derechos a la salud y educación del menor, motivo por el cual le ordenó “autorizar, garantizar y materializar la adaptación y/o adecuación curricular social y afectiva con apoyo educativo que promueva el desarrollo multisensorial, formación integral y nivel cognitivo” en el colegio AB o con la institución que la EPS tenga convenio. Finalmente, consideró que el servicio de transporte ya se encontraba garantizado por un fallo de tutela precedente, según lo advertido en el proceso.

1. Por lo expuesto, resolvió desvincular a la Secretaría de Educación y remitir el expediente a la Corte Constitucional.

A. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. El Magistrado sustanciador resolvió decretar pruebas de oficio, según lo previsto en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, para efectos de contar con mayores elementos de juicio que permitieran resolver de fondo la controversia planteada. En tal sentido, profirió una primera providencia⁴² en la que indagó sobre el estado de salud del menor, la composición e ingresos de su núcleo familiar y estado de escolarización. Asimismo, se preguntó a la EPS accionada sobre el suministro del servicio teniendo en cuenta lo ordenado por el juez de segunda instancia, y en particular el impacto que ha tenido para los recursos del SGSSS la financiación de la educación y transporte del menor MSP.

1. Finalmente, se preguntó (i) al Ministerio de Educación sobre las políticas que permiten el acceso al Sistema Educativo para una persona en las condiciones del menor MSP, así como los costos trasladados al usuario e instituciones habilitadas en su municipio de residencia; y (ii) a la Secretaría de Educación del municipio, para que indicara las políticas públicas y programas que permiten el acceso de personas con necesidades especiales a la oferta educativa. En tal sentido, además de las instituciones y costos que debe asumir el usuario, se preguntó a dicha entidad si a la fecha la accionante ha acudido a elevar alguna solicitud ante sus dependencias.

Respuesta remitida por la señora APM

1. La accionante enfatizó en que la situación económica de su núcleo familiar es precaria, pues tanto su hijo como su esposo se encuentran en situación de discapacidad. En tal sentido, manifestó tener que recurrir a la caridad de terceros para llevar a su hijo a las citas de salud. Indicó que en efecto, el menor se encuentra escolarizado en la IE AB, y que el servicio de transporte en la tutela que se revisa tiene por objeto “no tener que permanecer esperando cada que vez que lleva a su hijo al colegio o a alguna de sus consultas

médicas”43.

1. Junto con su respuesta, la accionante adjuntó valoraciones médicas que reiteran el estado de salud del menor y su necesidad de “adecuaciones curriculares y PIAR en el colegio (...) según Decreto 1421 de 2017 de la Secretaría de Educación”44, así como se consigna “enfermedad huérfana con herencia autosómica dominante exoma trio gen ASH1L”45.

1. Adicionalmente, adjuntó un fallo de tutela de segunda instancia, de fecha 9 de febrero de 2021, en el que se resolvió sobre una solicitud del servicio de transporte en su calidad de acompañante. En tal sentido, solicitó el transporte necesario para regresar a su hogar luego de haber acompañado a su hijo en sus desplazamientos a terapia y el colegio -pues el menor se queda en el colegio-, así como el transporte desde su casa para ir hasta el colegio a recoger al menor cuando este termina su jornada.

1. La anterior solicitud fue “declarada improcedente” en ambas instancias. Como fundamento, se sostuvo que el transporte exclusivo para el acompañante “desfasa los criterios establecidos en materia de regulación de transporte”. En este sentido se consideró que a pesar de la vulnerabilidad económica del núcleo familiar, no podían desbordarse las obligaciones del Sistema de Seguridad Social, pues lo cierto es que las atenciones requeridas por el menor están siendo garantizadas. No obstante, insistió la accionante en su escrito enviado a la Corte que “lo que ha solicitado en esta tutela [la que conoce la Sala] y le fue negado es el pago del transporte para el acompañante, para poder llevarlo y no tener que quedarse esperando a que termine sus clases o su proceso de rehabilitación”46.

Respuesta proferida por Sura EPS47

1. La accionada indicó que lo ordenado en el fallo de segundo grado fue autorizado y actualmente está siendo suministrado al menor. Sin embargo, reiteró que la Resolución 244

de 2019 excluye de manera taxativa los servicios educativos en todos los ámbitos. En tal sentido, citó una “nota aclaratoria” suscrita por el médico tratante del menor, de fecha 16/12/2019, en la que indicó que sus necesidades educativas debían atenderse a través de las disposiciones del Decreto 1421 de 2017, en concreto a través de la implementación de un PIAR que atienda sus necesidades particulares.

1. Igualmente, expuso que se vio obligada a financiar la educación del menor en el colegio AB, en la medida en que no tiene convenio con alguna institución que preste servicios similares. De esta manera, expuso que el servicio de transporte, desde marzo de 2019⁴⁸ hasta la fecha le ha costado la suma de \$ 10.893.226, incluyendo el transporte para acudir a servicios de salud y al colegio. Por su parte, los pagos a la institución educativa ascienden a \$ 8.449.489.

1. Sobre el último de estos aspectos, profundizó en que el cumplimiento de la orden judicial que se revisa está produciendo “un detrimento y malversación de los recursos del SGSSS”⁴⁹ en la medida en que el sistema viene financiando “una prestación netamente educativa expresamente excluida mediante Resolución No. 244 de 2019”⁵⁰. Esto, a su juicio, conlleva un desconocimiento de la destinación específica de recursos del sistema de salud prevista en el artículo 48 de la Constitución Política.

Respuesta proferida por la Secretaría de Educación del municipio

1. Informó que la política pública de inclusión educativa del municipio se encuentra contenida en un Acuerdo Municipal. Esta abarca la educación inicial, preescolar, básica, media y superior, y tiene en cuenta el Diseño Universal de Aprendizaje -DUA- y el Plan Individual de Ajustes Razonables -PIAR-. Estos procesos involucran a toda la comunidad educativa y a la familia.

1. A continuación, señaló que el ente territorial cuenta con la Unidad de Atención Integral, que “es un conjunto de programas y servicios profesionales interdisciplinarios que las entidades territoriales ofrecen a los establecimientos educativos que integran en sus aulas estudiantes con necesidades educativas especiales”⁵¹. Esta dependencia, se divide en tres líneas de acción diferenciada, que en general (i) buscan apoyar y monitorear la transformación de las instituciones educativas oficiales en instituciones de educación inclusiva; (ii) cuentan con 196 docentes de apoyo que tienen el propósito de facilitar a dichas instituciones cumplir con los deberes que se derivan del Decreto 1421 de 2017, y realizan un monitoreo sobre el proceso de aprendizaje de los estudiantes con necesidades educativas especiales; y (iii) apoyo sensorial.

1. A partir de lo expuesto, indicó que el municipio cuenta con una oferta educativa general que abarca a los estudiantes con discapacidad, en virtud de la cual deberán ser remitidos a la institución contratada por el municipio o la institución educativa más cercana a su lugar de residencia. En específico “Para cada uno de los casos y conforme a las características del estudiante, contará con los ajustes razonables definidos en el PIAR, dentro de los espacios, ambientes y actividades escolares con los demás estudiantes. En el evento que no sea posible cerca al lugar de residencia, por algún motivo justificado, se garantizarán los servicios de transporte y alimentación, si es el caso”⁵².

1. Asimismo, la Secretaría aclaró que en línea con lo previsto en el ordenamiento legal, el municipio no cuenta con centros educativos que se reserven de forma exclusiva para personas con necesidades educativas especiales; en su lugar, cuenta con 229 instituciones oficiales que prestan el servicio de educación tanto a los estudiantes regulares como a aquellos con necesidades especiales.

1. Finalmente, señaló que la accionante no se ha acercado a sus dependencias para solicitar la inclusión de su hijo en el sistema educativo del municipio; sin embargo, consideró que no son competentes para atender las pretensiones de la acción de tutela, en tanto que el

objetivo de la entidad territorial es la educación formal, mientras que “el menor lo que requiere es de un proceso terapéutico, de rehabilitación”⁵³ que corresponde a las EPS a través de sus IPS.

Respuesta proferida por el Ministerio de Educación

1. Expuso que en cumplimiento de los lineamientos establecidos en la Ley 115 de 1994 -Ley General de Educación- “el servicio educativo se oferta dentro de un modelo alejado de la segregación, en el que todas las personas con y sin discapacidad, participen de manera plena y efectiva en ambientes de aprendizaje común”⁵⁴. En tal sentido, indicó que a partir del artículo 2.3.3.5.2.3.1 del Decreto se prevé el deber que tienen las entidades territoriales de definir su estrategia de oferta educativa para las personas en situación de discapacidad, y que, respecto de cada una de ellas, deberá formularse el PIAR.

1. Por último, manifestó que, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, más los recursos propios que decidan destinar las entidades territoriales certificadas, podrán crearse empleos temporales para docentes de apoyo pedagógico y adquirir herramientas técnicas, tecnológicas o didácticas. Asimismo, aclaró que la gratuidad en la educación oficial aplica sin distinción de las condiciones particulares que presenten los estudiantes.

Segundo auto de pruebas y primer auto de suspensión

1. En vista de que la Secretaría de Educación Municipal afirmó encontrarse en imposibilidad de atender las necesidades educativas del menor MSP, puesto que “requiere de un proceso terapéutico más no educativo”, el magistrado sustanciador resolvió oficiar a la EPS Sura, así como a las IPS en que ha sido atendido el menor, a efectos de contar con mayor claridad sobre la implicación de las prescripciones efectuadas a la fecha, así como un detalle sobre los aspectos que debería tener en cuenta un PIAR en el Sistema Educativo oficial. Igualmente, la Sala resolvió vincular a la Secretaría de Educación del municipio, puesto que esta entidad

había sido desvinculada en segunda instancia y sus intereses podrían verse comprometidos con la decisión que se adopte. Asimismo, debido a la ampliación del recaudo probatorio, la Sala suspendió los términos del proceso por dos meses contados a partir del 15 de julio de 2021.

Respuesta proferida por la IPS “A”

1. Expuso que su paciente, MSP, tiene 14 años de edad y se encuentra escolarizado en el grado 6º en la IE AB. En la institución se encuentra inscrito en el programa de desarrollo de habilidades, nivel 3, y adicional a los diagnósticos antes mencionados (ver supra, numeral 7) la entidad registra un “trastorno de ansiedad, no especificado”.

1. Explicó que el programa que atiende el menor en dicha institución tiene por objeto potenciar habilidades conceptuales de lectura, escritura, pensamiento lógico – matemático, de lenguaje expresivo y receptivo, habilidades prácticas en el hogar y habilidades sociales. Estas actividades terapéuticas están dirigidas por profesionales del área de terapia ocupacional, psicología, fonoaudiología y psicopedagogía.

1. Señaló el Comité que el nivel en que está siendo atendido el menor MSP es de apoyos limitados, en tanto “los adolescentes son altamente funcionales, con buenos repertorios y procesos mentales que favorecen el proceso cognitivo y por ende la inclusión en escenarios educativos”⁵⁵. En particular, indicó que el paciente “requiere apoyo en re direccionamiento de la conducta, y procesos de habituación, así como en ampliación de repertorios y procedimientos complejos que requieran un mayor nivel de abstracción, aspectos que con un buen proceso de acompañamiento escolar podrán continuar favoreciendo la oferta y la respuesta escolar”⁵⁶.

1. Agregando a lo anterior que “Sin duda alguna este paciente se beneficia de procesos

educativos en educación formal siempre y cuando tenga los apoyos y ajustes razonables establecidos legalmente, y se realice una formulación adecuada del PIAR que es responsabilidad directa de la institución educativa. O puede continuarse beneficiando de programas de educación no formal que se ajusten (sic) a las preferencias y demandas del núcleo familiar”⁵⁷.

1. Por último, en cuanto a los criterios que deberían tenerse en cuenta para la elaboración del PIAR, señaló en primer lugar que como entidad del sector salud no es la responsable de orientar el diseño de dicho plan. Sin embargo, dijo que el mismo debe tener objetivos razonables y basarse en la condición y potencial del adolescente, así como debe estar mediado por estrategias que promuevan su aprendizaje y promoción a lo largo de todo el proceso educativo.

Respuesta remitida por la IPS “C”

1. Señaló que el menor de 14 años se encuentra cursando grado 7º, y cuenta con diagnóstico de “enfermedad huérfana de herencia autosómica dominante exoma trío con variante patogénica en gen *ash1L*”⁵⁸, lo cual “determina un déficit cognitivo moderado permanente. No existe actualmente tratamiento médico disponible para esta alteración genética”⁵⁹.

1. Por lo expuesto, concluyó que el joven requiere que la institución educativa donde se encuentre realice la implementación de un PIAR en los términos del Decreto 1421 de 2017, destacando que “es importante clarificar que el diseño del PIAR es responsabilidad de la institución educativa, al ser un proceso de planificación curricular y pedagógico no puede recaer sobre el sector salud (...) el PIAR no se trata sobre la discapacidad, sino sobre la pedagogía y la didáctica implementada en el aula, tema en el cual los docentes tienen la experticia”⁶¹. Dicho documento, según indicó, debe incluir la información sobre el estado de salud y entorno personal del menor para hacer los ajustes que corresponda.

1. A su vez, la entidad desarrolló algunas recomendaciones específicas para los puntos que debe tener el PIAR, e insistió en que al sector salud le corresponde brindar apoyo clínico al paciente en su proceso de rehabilitación, mismo que ya ha tenido el menor a través de los diferentes médicos que lo han valorado y las atenciones que viene recibiendo, mientras que “Otro es el apoyo requerido desde el sector educativo para garantizar la inclusión escolar y social del paciente, este incluye la ubicación en una institución educativa pública que cubra las necesidades del paciente a nivel escolar y de formación, la institución educativa no debe proveer el proceso de rehabilitación cognitiva, debe establecer comunicación permanente y trabajo en equipo con el sector salud para integrar acciones”⁶².

1. En este orden de ideas, señaló que en su concepto, dada la edad del paciente y sus capacidades intelectuales, debería ingresar a una institución orientada al desarrollo de habilidades pre-vocacionales, como lo es la institución educativa AC, teniendo en cuenta que el menor cumple con los criterios de diagnóstico, edad y lugar de residencia para el ingreso. Por último, manifestó que en la actualidad el menor recibe los servicios de psiquiatría para manejo conductual por parte de la institución, mismo que se realiza con fármacos y manejo de la conducta en el hogar y en el ambiente socio educativo.

Respuesta proferida por la entidad accionada Sura EPS

1. En su respuesta, la EPS accionada manifestó dar cumplimiento a lo requerido a través del concepto proferido por la IPS “C”. En particular, hizo énfasis en los apartes del concepto que asignan la responsabilidad del servicio al sistema educativo, y puso de presente, nuevamente, el desconocimiento del Decreto 1421 de 2017, la Resolución No. 244 de 2019 y el artículo 48 de la Constitución.

Respuesta remitida por la Secretaría de Educación del municipio -vinculada en sede de revisión

1. Reiteró que la acción constitucional no se dirigió en su contra, sino en contra de Sura EPS, al igual que no tuvo conocimiento de la situación alegada por la accionante hasta antes de su vinculación a la acción de tutela.

1. En cuanto al asunto de fondo, reiteró que en su criterio lo prescrito al menor de edad hace parte del ámbito de la salud – rehabilitación integral. En este sentido, indicó que las necesidades del menor son clínicas, pues buscan mejorar su calidad de vida a través de una intervención directa en sus habilidades mentales. Es por ello que “la Secretaría de Educación puede responder por la orientación y apoyo pedagógico, didáctico, y en este sentido el municipio ha implementado la UAI, ha nombrado Maestros (a) de Apoyo y otros como Interpretes y Modelos, con lo cual se trata de satisfacer la necesidad generada en la población en situación de discapacidad, pero existen unas especificaciones como: lo neuropsicológico, Psiquiatra, genetista pediatra, y otras relacionadas que son de carácter médico-clínico y no corresponde a Secretaría de Educación (sic)”⁶³.

Tercer auto de pruebas y segundo auto de suspensión

1. Por último, cabe mencionar que mediante auto de fecha 14 de septiembre de 2021 se reiteró el requerimiento de concepto técnico especializado a las IPS “D” y “E”, mismas que en el pasado emitieron recomendaciones sobre las adecuaciones curriculares del menor, y en particular, habiendo recomendado la primera de ellas que este fuera “escolarizado en una institución especializada”⁶⁴. Motivo de ello, se dispuso la suspensión del proceso a partir del 16 de septiembre de 2021. Sin embargo, las entidades requeridas no prohirieron respuesta alguna frente a dicho requerimiento.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. Esta Sala es competente para conocer del presente asunto según lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

A. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

1. Toda vez que el juez de segunda instancia negó el servicio de transporte bajo el argumento de que este servicio ya había sido ordenado en un fallo de tutela anterior, la Sala debe establecer en primer lugar si es posible predicar la configuración de una cosa juzgada constitucional, y, dado el caso, de temeridad en el ejercicio de la acción.

1. Según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la cosa juzgada es una institución jurídico procesal que, en virtud de los principios de buena fe y seguridad jurídica, previene que las controversias que ya han sido resueltas por el funcionario competente se abran nuevamente⁶⁵. De esta manera, una vez se cuenta con sentencia ejecutoriada al interior de un proceso, no podrá iniciarse un nuevo debate entre las mismas partes, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones que ya fueron resueltas.

1. En particular, se ha considerado que la sentencia proferida al interior de un proceso de tutela hace tránsito a cosa juzgada cuando (i) es seleccionada para revisión y fallada por esta corporación; o (ii) cuando no es seleccionada para revisión y ha vencido el término para insistir en su selección⁶⁶.

1. Una vez establecido esto, deberá verificarse si en ambos procesos se configuran de forma concurrente los siguientes elementos:

i. Identidad de partes: al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la primera decisión;

i. Identidad de causa: implica que ambos procesos deben tener los mismos fundamentos fácticos como sustento de la pretensión; e

i. Identidad de objeto: implica que ambas demandas deben versar sobre las mismas pretensiones⁶⁷.

1. Sin embargo, la Corte ha advertido que estos elementos deben evaluarse con detenimiento, pues (i) algunas alteraciones parciales a la identidad no necesariamente excluyen la cosa juzgada, ya que accionar una persona más o una menos puede en todo caso significar una identidad de sujetos; (ii) una variación de los hechos en un elemento que no tiene incidencia en las pretensiones ni en la decisión tampoco puede llevar a reabrir el debate; y (iii) el hecho de que no haya una redacción idéntica de pretensiones no quiere decir que no haya una pretensión materialmente equivalente⁶⁸.

1. En el presente caso, encuentra la Sala de Revisión que no se configura una cosa juzgada. En la tutela que revisa la Sala en esta oportunidad, la accionante solicitó le fuese concedido el “derecho al colegio y del transporte” para que su hijo asista a las adecuaciones curriculares prescritas por sus médicos tratantes. Por su parte, la entidad accionada informó que “se encuentra prestado el servicio de transporte al menor en virtud de lo resuelto en el fallo de radicado 2019-0113, que ordenó materializar el servicio de transporte especial requerido por el niño MSP y un acompañante, ida y regreso, para que pueda asistir a todas

las citas de control médico con especialistas, realización de exámenes de laboratorio y otras diligencias donde deba estar presente el niño por razones de salud”. No obstante lo cual, dicha entidad se opuso a que le fuera impuesta la financiación de la educación del menor en el colegio AB, en tanto que lo considera como una prestación expresamente excluida de la financiación por SGSSS.

1. En tal sentido, el juez de primer grado entendió que la solicitud de transporte se deriva de la pretensión de financiación del servicio de educación en la IE70.

1. Por su parte, el juez de segunda instancia también entendió que la pretensión de transporte en el presente caso depende de lo que se resuelva sobre la financiación de las adecuaciones curriculares⁷¹, e incluso en su reproche al proceder de la entidad accionada adujo que “se limita el tratamiento requerido solo a la atención en salud, dejando a un lado la parte educativa que requiere el menor de edad (...) desconociendo que existe una relación muy cercana entre el derecho a la salud y la educación”⁷², de donde se colige que la definición de si el transporte ordenado en la ocasión anterior comprende o no el transporte a la institución educativa, depende de la postura que se adopte frente al sector que debe financiar la educación del menor MSP, pues la orden anterior se restringió a “las citas de control médico con especialistas, realización de exámenes de laboratorio y otras diligencias donde deba estar presente el niño por razones de salud” (ver supra, numeral 68).

1. De lo anterior, así como de los hechos que dieron origen al presente proceso, es claro que la EPS accionada no se encontraba suministrando el servicio de transporte para que el menor MSP asistiera al colegio AB, en tanto considera que el servicio de educación es ajeno a la órbita del derecho a la salud y por ende a sus obligaciones económicas. En este orden de ideas, se concluye que en el proceso anterior no se discutió la naturaleza de las adecuaciones curriculares como una prestación del sistema de salud o educación, que es el problema jurídico planteado en la acción de tutela bajo revisión.

1. En tal sentido, considera esta Sala que tanto la causa como el objeto del presente proceso se diferencian del anterior en cuanto a (i) la determinación de la naturaleza de las adecuaciones curriculares prescritas al menor MSP; y (ii) el sector que es responsable de su financiación. De tal manera, no podría declararse la configuración de una cosa juzgada constitucional frente al fallo que ordenó el transporte para todas las prestaciones en salud que requiera el menor, cuando la Sala precisamente se ocupará de establecer a qué sector corresponde financiar esta prestación. Por lo cual, no procede realizar un análisis de temeridad en el caso de la accionante.

A. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede acudir a la acción de tutela en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial para tal efecto o que esta se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. A partir de estos supuestos generales, lo primero que debe analizar el juez constitucional, antes de abordar el estudio de un caso sometido a su conocimiento, es verificar si el mismo cumple estas condiciones de procedibilidad fijadas en la Constitución Política.

1. De esta manera, para determinar la procedencia de la acción de tutela, debe analizarse (i) si la persona respecto de la cual se predica la vulneración es titular de los derechos invocados – legitimación por activa; (ii) que la presunta vulneración pueda endilgarse a la entidad o persona accionada – legitimación por pasiva; y (iii) que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o se busque obtener el amparo de forma transitoria – subsidiariedad. Sobre este último aspecto, es importante precisar que la tutela

procede como mecanismo definitivo cuando (i) el accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, o (ii) a pesar de contar con el mismo, este carece de idoneidad y eficacia para proteger los derechos invocados; por su parte, procede como mecanismo transitorio cuando a pesar de existir un mecanismo idóneo para la protección de los derechos, este carece de eficacia para lograr la protección invocada. En este último caso, el accionante deberá acudir a la jurisdicción ordinaria dentro de los 4 meses siguientes al fallo, y este surtirá efectos hasta que se emita un fallo de fondo sobre la controversia⁷³.

1. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha interpretado la expresión contenida en el artículo 86 superior, consistente en que la acción de tutela puede ser instaurada “en todo momento”⁷⁴, en el sentido de determinar que, si bien la acción de tutela no está sometida a caducidad⁷⁵, el término para instaurarla debe ser razonable⁷⁶, y esta razonabilidad se analizará conforme a las particularidades de cada caso concreto⁷⁷. Este requisito, a su vez, ha sido denominado por la jurisprudencia como inmediatez.

1. Antes de abordar el estudio de fondo del caso, la Sala evaluará si se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

1. Legitimación por activa: De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)” (subrayas fuera del texto original). Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 estableció que la acción de tutela podrá ejercerse (i) en nombre propio o a través de representante; (ii) mediante apoderado debidamente facultado; (iii) a través de agente oficioso, cuando el titular del derecho no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; y (iv) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

1. En particular, es importante precisar que cuando se trata de menores de edad, el artículo 306 del Código Civil establece que “la representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres”, de tal manera que estos últimos están legitimados para ejercer la acción de tutela, en representación de sus hijos menores de edad⁷⁸. Asimismo, no sobra recordar que según el artículo 44 de la Constitución, cualquier persona puede exigir la garantía de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección constitucional⁷⁹.

1. En el presente caso, la acción de tutela fue ejercida por la señora APM, en representación de su hijo MSP, y este parentesco cuenta con amplio soporte en la documentación aportada al expediente⁸⁰. Asimismo, es al menor MSP a quien presuntamente se le están vulnerando sus derechos, por lo que la Sala encuentra satisfecho el requisito de legitimación por activa.

1. Legitimación por pasiva: De conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.

1. En este caso, la tutela se dirige contra una EPS del régimen contributivo, en su calidad de particular encargado de la prestación del servicio público de salud. Al respecto, y como ha quedado ampliamente acreditado a este punto, se encuentra que el menor MSP ostenta la calidad de afiliado a Sura EPS, y a esta entidad le corresponde autorizar el suministro los servicios e insumos en salud que requiera. Igualmente, se advierte que al tratarse de la financiación del servicio de educación y transporte, la entidad territorial en que el menor tiene fijada su residencia puede verse afectada con la decisión que se adopte en la presente acción de tutela, como ya se advirtió anteriormente (ver supra, numeral 46). Esto, en virtud de los deberes que tiene el sistema educativo frente a las personas con capacidades y

condiciones especiales, cobrando especial relevancia lo previsto en el Decreto 1421 de 2017.

1. Así las cosas, la Sala da por acreditado el requisito de legitimación en la causa por pasiva respecto de Sura EPS y la Secretaría de Educación del municipio.

1. Inmediatez: La jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que generó la vulneración⁸¹. Dicho término, deberá analizarse caso a caso, según las condiciones de cada accionante⁸². De esta manera, se ha considerado aceptable que en algunos casos transcurra un extenso lapso de tiempo entre la presunta vulneración y la presentación de la tutela, cuando se avizore una vulneración de derechos continua y actual en el tiempo⁸³.

1. En el presente caso, se observa que transcurrió un plazo razonable entre la negativa por escrito de la EPS a financiar los servicios educativos, el 12 de noviembre de 2019 (ver supra, numeral 11), y la interposición de la acción de tutela el día 10 de diciembre de 2019. Por lo anterior, se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

1. Subsidiariedad: En virtud de su carácter subsidiario, la Corte Constitucional ha descartado que la acción de tutela sea “la vía preferente para el restablecimiento de los derechos”, indicando que en primer lugar, los asociados deberán agotar los recursos judiciales con que cuentan a su disposición al interior de las diferentes jurisdicciones⁸⁴. Tal interpretación “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”⁸⁵.

1. En lo que respecta a las controversias que se generan en el SGSSS, la Ley 1122 de 2007⁸⁶ dotó a la Superintendencia Nacional de Salud de funciones jurisdiccionales con el fin de

garantizar la efectiva prestación del servicio de salud a los usuarios. Para tales fines, determinó que dicho organismo podrá conocer y fallar en derecho, con las mismas facultades de un juez⁸⁷, los conflictos entre las Administradoras de Planes de Beneficios y sus usuarios por prestaciones no incluidas en dichos planes, salvo las controversias relativas a los servicios expresamente excluidos.

1. El procedimiento adelantado por la Superintendencia es sumario, y se desarrolla con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. Además, (i) la acción puede ejercerse en nombre propio, sin ninguna formalidad ni autenticación; (ii) la decisión de fondo debe adoptarse dentro de los veinte (20) días siguientes al recibo de la solicitud y es susceptible de impugnación; y (iii) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad.

1. Sobre la impugnación de las decisiones de la Superintendencia, en la sentencia T-603 de 2015 (reiterada en la SU-124 de 2018), la Corte consideró pertinente aplicar, por analogía, el término de 20 días contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 para la impugnación de los fallos de tutela, y exhortó al Congreso de la República para que regulara el término en que debían surtirse dichas impugnaciones ante las salas laborales de los tribunales superiores de distrito judicial⁸⁸. De lo anterior, puede concluirse que el procedimiento que se adelanta por dicha Superintendencia, es (i) jurisdiccional; (ii) preferente y sumario⁸⁹ -en principio-; y (iii) se rige por los mismos principios de la acción de tutela⁹⁰ en cuanto a la prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia, doble instancia, debido proceso, derecho de defensa, contradicción e informalidad.

1. Por lo anterior, esta corporación ha afirmado que para analizar la idoneidad y eficacia de este mecanismo, el juez constitucional debe estudiar los siguientes elementos⁹¹:

i. Que el asunto se encuentre dentro de los supuestos sobre los cuales tiene competencia para fallar la Superintendencia, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1122 y sus modificaciones⁹², de tal manera que si la controversia no se enmarca en alguno de estos supuestos, el mecanismo ante la SNS carecerá de idoneidad; y

i. De ser procedente el mecanismo ante la Superintendencia para el caso concreto, deberá evaluarse su eficacia a la luz de los hechos. En particular, de forma reciente, en la sentencia SU-508 de 2020 la Sala Plena advirtió sobre las situaciones normativas y estructurales que limitan la idoneidad del mecanismo ante la SNS, mismas que se refieren a (i) el tiempo más corto en que es resuelta la acción de tutela; (ii) el hecho de que a la fecha no se haya definido el tiempo con que cuenta la segunda instancia para resolver la impugnación en el proceso jurisdiccional; (iii) la procedencia del mecanismo ante negativas expresas -no silencios- de la EPS y su improcedencia para resolver sobre prestaciones excluidas; (iv) la ausencia de figuras como el incidente de desacato o el cumplimiento para hacer efectiva la decisión; (v) la onerosidad para actuar a través de la agencia oficiosa procesal ante la SNS; y (vi) en general, la situación estructural que impide a la entidad resolver los procesos en término y tener la presencia institucional que sí tienen las sedes de la Rama Judicial.

Lo anterior, llevó a la Sala a considerar que mientras persistan estas fallas normativas y estructurales, el mecanismo jurisdiccional ante la SNS carecerá de idoneidad y eficacia para la protección de los derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS, y en consecuencia la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar estos derechos.

1. En el caso concreto, encuentra la Sala que la tutela procede como mecanismo definitivo de protección, debido a que, aunado a la situación normativa y estructural antes expuesta, y a que en el presente caso se reclama la garantía efectiva de los derechos de un sujeto de especial protección constitucional⁹³, la discusión versa sobre la prestación de un servicio, respecto del cual se observó en el material probatorio recaudado en sede de revisión que la Resolución No. 244 de 2019 excluye expresamente de la financiación por SGSSS “colegios e instituciones educativas”, “educación especial” y “estrategias lúdicas y recreativas”. En los tres escenarios, se prohíbe la financiación del servicio “para todas las enfermedades o

condiciones asociadas al servicio o tecnología”, por lo cual, en principio, este es un asunto sobre el que la Superintendencia carece de competencia.

1. Asimismo, ha considerado la jurisprudencia de este tribunal que la acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores en condición de discapacidad⁹⁴. Por lo cual, al encontrar cumplido el requisito de subsidiariedad, procederá la Sala a formular el problema jurídico y estructura de la decisión.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Según lo antes expuesto, corresponde a la Sala de Revisión determinar si Sura EPS incurrió en una vulneración de los derechos fundamentales a la salud, integridad física, dignidad humana, igualdad y educación del menor MSP, al negar el financiamiento de su educación en una institución privada que puede cumplir con las adecuaciones curriculares ordenadas por sus médicos tratantes. Con base a ello, deberá establecerse además si procede ordenar el tratamiento integral respecto de los diagnósticos que presenta el menor, así como la procedencia de ordenar el transporte para que asista a clases en la institución que solicita, con los desplazamientos de ida y regreso que para el efecto requiera (ver supra, numeral 15).

1. En este punto, cabe mencionar, con relación al análisis sobre la vulneración del derecho a la educación, que si bien las pretensiones de la señora APM se enfocaron en los derechos a la salud, integridad física, dignidad humana e igualdad⁹⁵, la jurisprudencia de esta corporación ha admitido que el juez constitucional resuelva asuntos sin ceñirse estricta y forzosamente a (i) los hechos relatados en la demanda; (ii) las pretensiones contenidas en ella; ni (iii) a los derechos invocados en el escrito de tutela⁹⁶. Estas facultades, denominadas ultra -más allá de lo solicitado- y extra petita -por fuera de lo pedido-, se justifican en la medida en que el

recurso de amparo es una acción informal que tiene por objeto hacer efectiva la garantía de los derechos fundamentales⁹⁷.

1. Así las cosas, para resolver los interrogantes antes planteados, la Sala estudiará (i) el derecho fundamental a la salud, y los límites para financiar prestaciones con los recursos públicos destinados a la salud, a partir de la naturaleza misma de ciertos insumos y servicios; así como la procedencia de ordenar el tratamiento integral; (ii) el derecho fundamental a la educación de los menores de edad, y en especial los deberes que tiene el Estado para velar por su garantía efectiva; (iii) el deber de corresponsabilidad parental como elemento determinante en la protección de los derechos de sus hijos menores; y (iv) resolverá el caso concreto.

A. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. COBERTURA Y EXCLUSIONES DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD. PROCEDENCIA DE ORDENAR EL TRATAMIENTO INTEGRAL

1. El derecho a la salud se encuentra definido en el artículo 49 de la Constitución como un servicio público a cargo del Estado, en virtud del cual se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad¹⁰². En particular, tratándose de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 44 superior¹⁰³ califica expresamente este derecho como fundamental, y la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que la protección del derecho adquiere especial relevancia cuando se trata de menores de edad, pues sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás¹⁰⁴. Esta aspiración, a su vez, encuentra un reflejo en el ordenamiento internacional¹⁰⁵.

1. De esta manera, en punto a la prevalencia del interés superior, la Corte ha referido que

“en varios escenarios, incluidos el de la salud, la Corte ha indicado que dicho principio supone aplicar la medida más beneficiosa para salvaguardar al menor de edad que ve comprometida la garantía de sus derechos fundamentales”¹⁰⁶. Especialmente, en lo que se refiere a menores de edad con alguna condición especial, este tribunal ha hecho énfasis en que una lectura conjunta de los artículos 13¹⁰⁷ y 47¹⁰⁸ de la Constitución, pone de presente que desde el ámbito de la salud el Estado debe promover la recuperación y protección especial de quienes padecen alguna patología que conlleve una disminución física, sensorial o psíquica, pues esto incide, a su vez, en el ejercicio real y efectivo del derecho a la igualdad¹⁰⁹.

1. Así las cosas, es claro que ante el compromiso del estado de salud de un menor de edad, el juez constitucional debe cerciorarse que en efecto el sistema de salud cubra todos aquellos tratamientos y procedimientos necesarios para la rehabilitación y mejoría del estado de salud, es decir, de todas aquellas prestaciones que incidan en el tratamiento clínico de una determinada patología. De tal manera, ha sido clara la jurisprudencia en señalar que “el derecho a la salud implica, no solo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente, y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud”¹¹⁰, y “las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud no pueden abstenerse legítimamente de su obligación constitucional y legal de procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de [salud de] sus usuarios, así como tampoco del suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados”¹¹¹, nociones generales que concuerdan con lo establecido en el artículo 2º de la Ley Estatutaria de Salud.

1. Asimismo, cabe mencionar que este último ordenamiento reguló el derecho a la salud como un derecho fundamental¹¹² y autónomo¹¹³ en cabeza de todos los colombianos sin distinción de grupo etario o sector poblacional. Sobre esta nueva regulación, la Corte señaló que “(...) Por lo que respecta a la caracterización del derecho fundamental a la salud como autónomo, ningún reparo cabe hacer, pues (...) ya ha sido suficientemente establecido por la jurisprudencia dicha condición de autónomo con lo cual, no se requiere aludir a la conexidad

de dicho derecho con otros que se estimen como fundamentales, con miras a predicar la fundamentalidad de la salud, con lo cual se da vía libre a la procedibilidad de la tutela para protegerlo” 114.

Cobertura y exclusiones del Plan de Beneficios en Salud

1. Ahora bien, la garantía del derecho fundamental a la salud comprende el acceso a unas prestaciones que tienen por objeto la preservación, mejoramiento y promoción de la salud¹¹⁵. Este modelo, se encuentra contenido en la Ley 1751 de 2015 y es diferente al originalmente previsto en la Ley 100 de 1993¹¹⁶.

1. En efecto, el artículo 15 de la LES estableció un nuevo criterio de definición de los servicios y tecnologías financiados con los recursos públicos asignados a la salud, según el cual la garantía del derecho se da a través de la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral, que incluye su promoción, prevención, paliación de la enfermedad y recuperación de las secuelas, salvo los servicios y tecnologías que cumplan con alguno de los siguientes criterios:

i. Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

i. Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;

i. Que no haya evidencia científica sobre su efectividad clínica;

i. Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

i. Que se encuentren en fase de experimentación; o

i. Que tengan que ser prestados en el exterior.

1. Para efectos de materializar la implementación de este nuevo esquema de aseguramiento basado en exclusiones, el mencionado artículo dispuso que los servicios o tecnologías que cumplieran con alguno de los criterios reseñados serían determinados por el Ministerio de Salud a través de un procedimiento técnico-científico de carácter público y participativo, que debe contar con el criterio de expertos independientes, asociaciones profesionales y pacientes potencialmente afectados. Dicho procedimiento¹¹⁷, culminó con la expedición de la Resolución No. 5267 de 2017¹¹⁸, en la cual se adoptó un primer listado de servicios y tecnologías excluidos expresamente de la financiación con los recursos públicos destinados a la salud, y actualmente se encuentra contenido en la Resolución No. 244 de 2019.

1. Mediante sentencia C-313 de 2014, este tribunal avaló la constitucionalidad del sistema de exclusiones, al considerar que resulta congruente con un concepto del servicio de salud en el cual la inclusión de todos los servicios y tecnologías se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. En este sentido, señaló que “[S]i el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas”¹¹⁹ (Resaltado por fuera del texto original).

1. Por el contrario, la Corte consideró que la disposición contenida en el inciso 4º del artículo

15, sobre la implementación de un mecanismo para definir las prestaciones en salud cubiertas por el sistema, resultaba inconstitucional al partir del inaceptable supuesto de servicios y tecnologías no cubiertos por el sistema, pero que a la vez no correspondían a las limitaciones taxativamente señaladas por el legislador, configurándose una restricción indeterminada al acceso a los servicios y tecnologías en materia de salud. De esta manera, procedió a declarar la inconstitucionalidad de la expresión según la cual se definirían de forma expresa las prestaciones en salud cubiertas por el SGSSS.

1. Por su parte, la Sala Especial de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008, en auto 410 de 2016¹²⁰, al hacer alusión al marco normativo y jurisprudencial sobre la actualización integral del plan de beneficios, señaló que la Ley 1751 de 2015 estableció una nueva forma de actualización basada en un sistema de exclusiones, según el cual “en principio el sistema cubre todos los tratamientos y tecnologías en salud que no estén expresamente exceptuados dentro del plan de beneficios. De esta manera se pretende garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (art. 15)”¹²¹ (Resaltado por fuera del texto original).

1. Lo anterior, supuso una transformación en el diseño de los planes contentivos de los beneficios en salud, pues a partir de la implementación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, todo se entiende incluido salvo lo que sea expresamente excluido tras la realización del procedimiento técnico científico.

1. En este punto, es importante precisar que la expedición de la Resolución que actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no tiene por objeto definir expresamente los servicios y tecnologías que hacen parte del Plan de Beneficios -pues ello sería inconstitucional, tal como fue señalado por la Corte-, sino aquellos que serán financiados con el mecanismo de protección colectiva del derecho, esto es, la UPC, mientras

que los servicios y tecnologías que no se encuentren allí contenidos serán financiados con el mecanismo de protección individual, esto es, actualmente el sistema de techos¹²² y en parte el sistema de recobros¹²³. Por ello, no puede entenderse que los servicios y tecnologías que no se encuentran financiados con el mecanismo de protección colectiva – UPC – no hacen parte del Plan de Beneficios, en tanto ello sólo puede predicarse de las tecnologías expresamente excluidas, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

1. Para el caso de las instituciones educativas, la educación especial, y las estrategias lúdicas y recreativas, se tiene que estos servicios fueron expresamente excluidos de la financiación con cargo a los recursos del SGSSS, tanto desde la Resolución No. 5267 de 2017, como en la Resolución No. 244 de 2019.

1. Asimismo, dentro del contexto de los servicios y prestaciones que deben ser financiados con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, esta corporación ha tenido la oportunidad de preguntarse sobre la pertenencia de determinados servicios y prestaciones al ámbito de la salud, como por ejemplo, los cuidadores domiciliarios, las sombras terapéuticas, los insumos de aseo o los accesorios a un dispositivo médico¹²⁴. En tal sentido, la Corte se ha preocupado por diferenciar las prestaciones que tienen por objeto tratar la enfermedad y restablecer el estado de salud, de aquellas que, al no tener un impacto directo sobre este derecho, deben ser asumidas por otros sectores.

1. Por ejemplo, resulta de particular relevancia el hecho de que, para el caso del cuidador, se ha tomado como criterio determinante establecer si el servicio requiere de conocimientos cualificados en salud, o, al contrario, el servicio es prestado por una persona ajena al área de la salud, como un familiar¹²⁵, concluyendo que “el cuidador se ha considerado que en estricto sentido no es una prestación en materia de salud y, por tanto, en principio no se encuentra financiado por el Sistema de Seguridad Social en Salud”¹²⁶. Por su parte, en relación con prestaciones asociadas al ámbito educativo, como las terapias sombra (con

enfoque tipo ABA), la Corte también ha llamado la atención sobre que, si se carece de evidencia científica que demuestre que dicho tratamiento va a generar un progreso en la salud del solicitante, no debería financiarse con cargo a los recursos del SGSSS¹²⁷.

1. En relación con los insumos de aseo, la Sala Plena sostuvo de forma reciente que si bien, los mismos no tratan ni restablecen el estado de salud, lo cierto es que su falta de empleo sí puede causar afectaciones al estado de salud, como patologías dermatológicas¹²⁸. Finalmente, la Corte ha considerado importante diferenciar los dispositivos médicos que son propios del ámbito de la salud, y por ende deben ser financiados con sus recursos, de los accesorios a dichos dispositivos que, no son en sí mismos “una actividad, intervención, medicamento, procedimiento ni dispositivo médico o servicio que haga parte de la prestación del servicio de salud, por tratarse de elementos accesorios que por sí mismos no contribuyen a la recuperación o tratamiento de la enfermedad del paciente”¹²⁹.

1. Bajo esta línea, ha sostenido que “Es importante establecer un límite entre las prestaciones que debe asumir el SGSSS y aquellas que no, pues de lo contrario, las variadas interpretaciones que se dan a los conceptos antes referidos pueden incidir en la sostenibilidad financiera del mismo, al costear servicios y tecnologías que no hacen parte del ámbito del derecho a la salud, y que, por lo tanto, deben ser asumidos con cargo a otro sector público”¹³⁰. Advirtiéndole además que, cada orden que imponga a la Adres la financiación de servicios o tecnologías que no son propios del ámbito de la salud, está atentando contra la sostenibilidad financiera del Sistema y tarde o temprano repercutirá en el suministro efectivo de las prestaciones que sí hacen parte del ámbito de la salud¹³¹.

1. En tal sentido, cabe destacar que mediante Resolución No. 1885 de 2018¹³², el Ministerio definió las tecnologías en salud, y los servicios y tecnologías complementarios, en los siguientes términos:

i. Tecnología en salud: actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta esta atención en salud; y

1. Por su parte, el artículo 127 de la Resolución No. 2481 de 2020¹³³ prevé que en el contexto del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, deben entenderse como no financiadas aquellas tecnologías que, entre otras:

i. No tengan como finalidad la promoción de la salud, o la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad;

i. Tecnologías de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que no corresponden al ámbito de la salud, aunque sean realizadas por personal del área de la salud;

i. Los servicios y tecnologías que no sean propiamente del ámbito de la salud o que se puedan configurar como determinantes sociales de la salud, conforme al artículo 9º de la Ley 1751 de 2015¹³⁴; y

i. Tecnologías y servicios excluidos explícitamente de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, mediante los correspondientes actos administrativos, en cumplimiento del procedimiento técnico-científico descrito en la Resolución 330 de 2017.

Tratamiento integral

1. Según lo ha previsto la Ley Estatutaria en Salud, el Estado deberá implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niños, niñas y adolescentes¹³⁵. Los servicios y tecnologías en salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, y no podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud en desmedro del usuario¹³⁶. En caso de existir duda sobre el alcance de un servicio de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico¹³⁷. Asimismo, este ordenamiento replica el mandato de integralidad en la atención en varias de sus disposiciones¹³⁸.

1. De esta manera, la jurisprudencia ha explicado que la integralidad en el servicio implica que los agentes del sistema practiquen y entreguen en su debida oportunidad los procedimientos e insumos prescritos. Así las cosas, este grado de diligencia debe determinarse en función de lo que el médico tratante estime pertinente para atender el diagnóstico del paciente¹³⁹. Por esto, el tratamiento integral depende de (i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención; (ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procediendo en forma dilatoria y habiendo programado los mismos fuera de un término razonable; y (iii) con esto, debe haber puesto en riesgo al paciente, prolongando sus padecimientos¹⁴⁰.

1. En tal sentido, se ha procedido a ordenar el tratamiento integral cuando (i) la EPS ha impuesto trabas administrativas para acceder al tratamiento claramente prescrito, por lo cual, se concede el tratamiento integral a efectos de evitar la interposición de una acción constitucional por cada servicio o medicamento que se ordene en adelante¹⁴¹; mientras que (ii) no ha accedido al mismo cuando no existe evidencia de medicamentos o tratamientos pendientes de ser tramitados, o una negación al acceso de servicios de salud por parte de la entidad accionada¹⁴².

A. DERECHO A LA EDUCACIÓN. ACCESIBILIDAD AL SISTEMA EDUCATIVO POR PARTE DE LOS

MENORES EN CONDICIONES ESPECIALES

1. Según lo previsto en el artículo 67 de la Constitución, la educación es un derecho de la persona y una obligación social. A su vez, (i) el artículo 68 establece que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, es una obligación especial del Estado; y (ii) el artículo 44 establece que la educación es un derecho fundamental de los menores de edad.

1. En desarrollo de ello, y de varios instrumentos internacionales¹⁴³, la jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la educación es un derecho fundamental, y (i) es inherente a la persona; (ii) es un servicio público esencial y gratuito; (iii) cuya prestación debe asegurar unos mínimos hasta la educación secundaria; (iv) a las entidades públicas de orden nacional y territorial les corresponde asegurar su cubrimiento adecuado, junto con las condiciones de acceso y permanencia; (v) el Estado debe contribuir mediante acciones positivas, para eliminar las barreras de acceso a una educación de calidad que enfrentan los menores en condición de discapacidad; y (vi) el servicio público educativo las características de aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad¹⁴⁴.

1. En esta línea, y en particular, en reconocimiento de los diferentes obstáculos que ha debido enfrentar la población en situación de discapacidad para su plena inserción social, la jurisprudencia de esta Corte se ha referido a el derecho a la educación inclusiva, el cual busca ampliar el espectro de inclusión de personas con necesidades educativas especiales, más allá del acceso a la escuela regular. La educación inclusiva persigue que no existan ambientes segregados, sino que todos los niños y niñas, independientemente de sus necesidades educativas, puedan estudiar y aprender juntos.

1. Tal aspiración, puede verse reflejada a nivel legal, en primer lugar, en la Ley 115 de 1994, que estableció que la educación para personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica, o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio

público educativo, y en tal sentido habilitó a los gobiernos nacional y territorial para que, ante la insuficiencia del personal o infraestructura estatal, contrataran con privados los apoyos pedagógicos, terapéuticos y tecnológicos necesarios para garantizar el derecho a la educación de esta población¹⁴⁵. Por su parte, la Ley 361 de 1997 estableció que el Estado colombiano en sus instituciones de educación pública garantizará el acceso a la educación primaria, secundaria, técnica y profesional por parte de las personas en situación de discapacidad¹⁴⁶, indicando, además, que es un deber del Gobierno nacional promover la integración de esta población a las aulas regulares y al proyecto educativo de cada institución¹⁴⁷.

1. Asimismo, deben considerarse la Ley 715 de 2001, que impone a la Nación el deber de formular las políticas para el funcionamiento del sistema educativo, pero además acompañar a las entidades territoriales en su implementación¹⁴⁸, así como, asigna a las entidades territoriales la competencia para dirigir, planificar y prestar el servicio público educativo¹⁴⁹; y la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece el deber de los estados parte de asegurar un sistema educativo inclusivo a todos los niveles, para lo cual, el Estado debe asegurarse que las personas en situación de discapacidad no se queden por fuera del Sistema General de Educación¹⁵⁰. Aspiraciones estas, que también se ven reflejadas en la Ley 1618 de 2013¹⁵¹, que impone a las entidades territoriales el deber de garantizar el personal docente para la inclusión educativa de las personas con discapacidad¹⁵².

1. Por su parte, a nivel de Reglamento deben destacarse:

1. (i) El Decreto 1075 de 2015, Único del Sector Educación, que establece la integración de la población en condición de discapacidad al Sistema Público Educativo del país, brindando los apoyos especiales de carácter pedagógico, terapéutico y tecnológico que sean necesarios¹⁵³, así como el deber de las entidades territoriales certificadas de prestar la asistencia técnica y pedagógica a los establecimientos educativos que reportan matrícula de

población con discapacidad o con capacidades excepcionales, en el ajuste de las diversas áreas de gestión escolar, para garantizar una adecuada atención a los estudiantes allí matriculados y ofrecerles los apoyos requeridos¹⁵⁴, incluyendo el apoyo financiero del Gobierno nacional para el establecimiento de aulas de apoyo especializadas en las instituciones de educación oficial¹⁵⁵, entre otras disposiciones¹⁵⁶; y

1. (ii) El Decreto 1421 de 2017 -también compilado en el DUR- que establece el deber del Ministerio de Educación de promover la prestación eficiente del servicio público de educación a la población en situación de discapacidad, a través de los recursos que gira en el Sistema General de Participaciones¹⁵⁷, así como brindar a las entidades territoriales certificadas la asistencia que requieran para brindar el servicio de educación a este sector de la población¹⁵⁸. Asimismo, cabe destacar que, como ya fue mencionado por la Secretaría de Educación del municipio (ver supra, numeral 41), este Decreto prevé que todos los estudiantes con discapacidad tienen acceso a la oferta general educativa del sistema oficial¹⁵⁹.

1. Así las cosas, la Corte ha considerado que por regla general, siempre debe procurarse vincular a los menores en situación de discapacidad a establecimientos educativos regulares, y solo de manera excepcional, previa demostración profesional de su necesidad, debe acudir a la educación en instituciones especializadas, que también pueden pertenecer a la administración¹⁶⁰. En tal sentido, el último es un escenario “extremo” que depende de las determinaciones adoptadas por los médicos tratantes.

1. Por ello, la Corte ha considerado viable la vinculación a instituciones especializadas cuando (i) los menores fueron vinculados al sistema educativo oficial, y definitivamente no pudieron realizar allí ningún progreso, aunado a las valoraciones médicas que recomiendan una educación especial¹⁶¹; o (ii) cuando a partir de las valoraciones médicas y psicológicas que obran en el expediente, puede concluirse que la educación especial es la mejor alternativa para el menor¹⁶². Al contrario, ha negado la pretensión de escolarización en una institución

especializada, explicando que la regla general es la concurrencia a aulas regulares inclusivas, salvo que un diagnóstico clínico concluya lo contrario¹⁶³.

1. También, ha ordenado (iii) efectuar una nueva valoración y aclarar el contenido y alcance de lo prescrito, para que a partir de allí se garanticen los derechos del menor, teniendo en cuenta los deberes que tienen las secretarías de educación¹⁶⁴; e incluso (iv) ha dispuesto que si la entidad territorial determina que no puede brindar al menor un servicio con la idoneidad que sus médicos tratantes han determinado, la Secretaría competente debe financiar la educación en una institución privada que sí cumpla dichos requisitos¹⁶⁵.

1. Asimismo, considera la Sala que en los casos en los cuales las EPS se niegan a asumir determinadas terapias o servicios de educación especial o inclusiva, bajo el argumento de que las mismas son ajenas a su competencia, debe tenerse en cuenta que este tribunal ha considerado (i) todo lo relacionado con el derecho a la salud deberá brindarse a través de la EPS en virtud del principio de integralidad del tratamiento, sin desconocer que los aspectos que se circunscriban al derecho a la educación deben ser atendidos por la entidad competente, que en estos casos son las secretarías de educación¹⁶⁶; de tal manera que (ii) los procesos de educación especial -en institución especializada- e inclusiva -en institución regular- prescritos a un menor, se encuentran a cargo de las instituciones educativas de carácter privado u oficial¹⁶⁷; mientras que (iii) si lo ordenado son terapias que tienen por objeto estimular su función motora, sensorial y cognoscitiva¹⁶⁸, o que tengan eficacia médica para tratar su salud o integridad¹⁶⁹, deben ser cubiertas por la EPS; no obstante lo cual (iv) ha hecho un llamado a las carteras de ambos sectores para que establezcan hojas de ruta claras sobre sus competencias y, de esta manera, se garanticen los derechos de los menores en forma efectiva¹⁷⁰, pues “de acuerdo con los últimos lineamientos internacionales, la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la educación de los niños y niñas en situación de discapacidad debe realizarse de forma independiente, aunque operan de forma armónica e interrelacionada”¹⁷¹; resultando que (v) si bien la educación inclusiva es responsabilidad principalmente de las entidades territoriales, la EPS debe informarle esto al usuario y acompañarlo en el proceso de presentación de la

solicitud¹⁷².

1. Por otra parte, la Corte ha reconocido que prestaciones como el acompañamiento de un profesional especializado en el aula regular se encuentran a cargo de la correspondiente Secretaría de Educación¹⁷³, y ha estimado que se respetan las garantías fundamentales del menor al verificar su inclusión en el aula regular de instituciones oficiales con flexibilizaciones curriculares¹⁷⁴. En una línea similar, ha ordenado a las secretarías de educación garantizar la integración al aula regular, junto con los demás estudiantes que no cuentan con necesidades especiales de aprendizaje, cuando la recomendación clínica ha sido de escolarización en institución con educación inclusiva. Esto, ha incluido el deber de brindar el apoyo que sea necesario a la respectiva institución educativa¹⁷⁵.

1. A partir de lo expuesto, concluye la Sala que, siempre que pueda establecerse que las prestaciones reclamadas por el menor -previo concepto médico-, corresponden a procesos y adaptaciones propias de la integración y progreso al interior del entorno educativo, tales como la adecuación de mallas curriculares, apoyo especializado dentro del aula, educación inclusiva, educación especial, y en general, aquellas acciones orientadas a recibir una educación accesible, deben ser asumidas con cargo a los recursos destinados a la educación en la entidad territorial que corresponda. Esto, en atención al amplio desarrollo legal, reglamentario y jurisprudencial de los deberes generales contenidos en los artículos 13, 44, 67 y 68 de la Constitución (ver *supra*, numerales 118 a 130). En tal sentido, considera la Sala de suma importancia reconocer, una vez más, que si bien los sectores salud – educación tienen una interacción cercana en los aspectos que rodean el acceso de los menores con capacidades intelectuales especiales al sistema educativo, es a este último al que le ha sido confiado por la Constitución, la Ley y el Reglamento, el deber de asumir todas las adecuaciones a que haya lugar dentro del sistema educativo para hacer efectivo el derecho.

1. En esta línea, es importante recordar que, mientras la jurisprudencia ha considerado que

las terapias son una prestación propia del sector salud, con un componente clínico y un profesional habilitado para ello, ha encontrado que otras prestaciones, como la integración al aula regular mediante flexibilizaciones curriculares, pertenecen al sistema educativo oficial. Es por ello, que se hace importante diferenciar si la prestación requerida tiene una labor principalmente pedagógica, caso en el cual es posible referirse al criterio según el cual la educación inclusiva es responsabilidad del sistema educativo oficial; o si, por el contrario, es claro que lo prescrito al menor tiene como objetivo principal su rehabilitación o tratamiento físico, caso en el cual, es probable que las prestaciones requeridas pertenezcan al sector de la salud y protección social.

1. Naturalmente, lo anterior implica un examen conjunto de los conceptos, órdenes médicas y argumentos expuestos por las partes implicadas en el proceso, de tal manera que pueda establecerse si lo pretendido impacta directamente el proceso académico del solicitante o su rehabilitación a nivel físico. Asimismo, puede ser relevante, más no determinante, analizar el perfil profesional de la persona que debe prestar el servicio. En particular, es de resaltar que en aquellos casos en que la pretensión se ha orientado a la escolarización y no a la realización de terapias físicas, la Corte ha considerado que esta es una responsabilidad propia del sistema educativo.

1. Asimismo, quedó claro que la regla general para la escolarización de los menores con capacidades excepcionales corresponde a la educación inclusiva en un aula regular, mientras que la incorporación a instituciones especializadas es un escenario subsidiario que se habilita si así lo confirma la evidencia clínica.

El Plan Individual de Ajustes Razonables -PIAR-

1. Establece el artículo 2.3.3.5.2.3.3 del Decreto 1421 de 2017 que las entidades territoriales certificadas garantizarán a las personas con discapacidad el ingreso oportuno a una educación con calidad, y con las condiciones básicas y ajustes razonables que se requieran.

En tal sentido, esta disposición señala un procedimiento de vinculación formal al sistema educativo, en virtud de la cual (i) la persona en situación de discapacidad debe contar con diagnóstico, certificación o concepto médico sobre la discapacidad emitido por el sector salud y con el PIAR o informe pedagógico si viene de una modalidad de educación inicial; y (ii) en caso de que el estudiante no cuente con dicho requisito, se procederá con la matrícula y, en coordinación con el sector salud, se establecerá el diagnóstico. Asimismo, una vez efectuada la matrícula, se procede a la elaboración del PIAR.

1. Ahora bien, este mismo ordenamiento define el PIAR como “la herramienta utilizada para garantizar los procesos de enseñanza y aprendizaje de los estudiantes, basados en la valoración pedagógica y social, que incluye los apoyos y ajustes razonables requeridos, entre ellos los curriculares, de infraestructura, y todos los demás necesarios para garantizar el aprendizaje, la participación, permanencia y la promoción”¹⁷⁶. Este instrumento comprende varios aspectos, como (i) la descripción del contexto en que se desenvuelve el estudiante, tanto dentro como fuera del aula; (ii) una valoración pedagógica, junto con las valoraciones de salud que aporten al diseño; y (iii) los ajustes curriculares, didácticos, evaluativos y metodológicos para el año lectivo, entre otros¹⁷⁷.

1. El diseño del PIAR lo liderarán los docentes de aula con el docente de apoyo, la familia y el estudiante¹⁷⁸. A su vez, el directivo del establecimiento educativo deberá articular en los planes de mejoramiento institucional, aquellos ajustes razonables que demande el PIAR¹⁷⁹.

1. Por su parte, la jurisprudencia de esta corporación también ha tenido la oportunidad de referirse a los ajustes razonables, en el sentido de destacar su papel fundamental para permitir la concurrencia de los estudiantes con capacidades excepcionales al aula educativa¹⁸⁰. En tal sentido, ha señalado expresamente que “la política pública ha regulado también algunos aspectos para lograr la aplicación del modelo de educación inclusiva, como la contratación de los servicios pedagógicos, la idoneidad de los docentes y la adaptación de

currículos”¹⁸¹ (Resaltado por fuera del texto original). En tal sentido, algunas salas de revisión han proferido decisiones en el sentido de (i) declarar la carencia actual de objeto tras verificar que la entidad accionada ya contrató el personal requerido para integrar en el aula a un menor con capacidades especiales¹⁸²; (ii) ha ordenado que las excepciones de las personas a evaluar sean tenidas en cuenta en las pruebas de estado¹⁸³; (iii) ha considerado que la elaboración de un PIAR con la familia se muestra como la herramienta adecuada para elaborar un modelo de estudios que respete el estilo y ritmo de aprendizaje del menor, a la vez que ha llamado la atención a las entidades que dilatan su implementación inmediata¹⁸⁴; y (iv) ha ordenado reevaluar la situación de un alumno que fue desvinculado en atención a su discapacidad, para en su lugar efectuar una valoración interdisciplinar que permita determinar su compatibilidad con el entorno institucional, y, de encontrar esa compatibilidad, elaborar el correspondiente PIAR¹⁸⁵.

1. Así las cosas, ha explicado la jurisprudencia de este tribunal que si bien la definición de un PIAR varía en función del contexto y las necesidades educativas del menor de edad, su contenido es una decisión compartida entre el colegio, la familia y el estudiante. La decisión que allí se adopte, es a su vez producto de un trabajo interdisciplinar en el cual se tengan en cuenta las opiniones de los acudientes, la comunidad académica, los terapeutas, y todo aquel que permita implementar estrategias para asegurar un adecuado programa de adaptabilidad¹⁸⁶.

1. A partir de lo expuesto, se hace relevante destacar que todas las instituciones del sector educativo oficial, al igual que las instituciones privadas que cuenten con algún alumno en situación de discapacidad, cuentan con el deber de diseñar un PIAR que ajuste todos aquellos aspectos que requieren sus educandos para integrarse en la mayor medida de lo posible a la comunidad académica, instrumento que, en línea con la regla general sobre educación inclusiva (ver *supra*, numeral 126) conlleva a que el sistema educativo estatal sea, en principio, idóneo para garantizar el acceso a una educación de calidad a las personas con capacidades intelectuales especiales.

1. Asimismo, es importante destacar que dada la especialidad de este instrumento, según lo

ha definido claramente el reglamento (ver supra, numeral 137), a la vez que según lo sostuvo también la IPS “C” (ver supra, numeral 54), su diseño corresponde al personal docente de la institución en que se desempeñará el educando. En tal medida, es importante aclarar que la interacción del sector salud consiste en los conceptos y dictámenes que se pongan de presente al personal que diseña la estrategia lúdica, siendo un elemento de juicio a ser tenido en cuenta por los docentes, más nunca será un profesional de la salud, que carece de formación en pedagogía, quien diseñe el PIAR. Esto, se evidencia por ejemplo, en los conceptos mismos que fueron allegados a esta corporación en virtud del decreto de pruebas. En ellos, la IPS “A” manifestó que “el sector salud aporta en cuanto a la elaboración de la historia clínica, pero no son los responsables de orientar el diseño de dicho plan”¹⁸⁷, a la vez que LA IPS “C” indicó “el PIAR no se trata sobre la discapacidad, sino sobre la pedagogía y la didáctica implementada en el aula, tema en el cual los docentes tienen la experticia” (ver supra, numeral 54).

1. Los anteriores elementos, ponen de presente la competencia prevalente del sector educación en la garantía de acceso al sistema por parte de las personas con capacidades cognitivas especiales.

El servicio de transporte para educandos con capacidades cognitivas especiales

1. Cabe mencionar que de conformidad con lo previsto en los artículos 2.3.3.5.2.3.2. y 2.3.3.5.2.3.4. del Decreto 1421 de 2017, cuando no sea posible asignar cupo en una institución educativa cercana al lugar de residencia, el sistema debe asumir los gastos de transporte y alimentación. Además, independientemente de este escenario, y con el propósito de contrarrestar los factores asociados a la deserción escolar, las entidades territoriales realizarán los ajustes que sean necesarios a los servicios de transporte y alimentación.

1. Asimismo, es importante mencionar que este tribunal ya ha indicado previamente que los

colegios públicos requieren indispensablemente de un sistema de transporte escolar¹⁸⁸, y en este orden la falta de transporte no puede convertirse en una barrera de acceso al sistema. Motivo de ello, ha ordenado el suministro de transporte escolar a menores que residen en zonas alejadas de la institución¹⁸⁹, y específicamente ha ordenado a la entidad territorial la financiación del servicio de transporte de menores con necesidades educativas especiales, cuando a pesar de residir en un centro urbano se carece de los medios económicos para pagar el servicio de transporte hasta la institución correspondiente¹⁹⁰.

1. Así las cosas, se ha reiterado que el transporte “debe ser suministrado de manera gratuita y en condiciones efectivas por el Estado cuando su ausencia se convierte en una barrera de acceso injustificada y desproporcionada (...) por ejemplo, cuando los gastos de transporte de los menores (...) no pueden ser cubiertos por su familia, [si] no cuentan con los recursos económicos suficientes”¹⁹¹.

A. OBLIGACIONES DE LOS PADRES EN LA GARANTÍA DE DERECHOS DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución, los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección constitucional que requiere de una actuación articulada entre el Estado, la familia y la sociedad. En virtud de ello, cada actor cuenta con deberes específicos y un mayor o menor grado de responsabilidad según se trate de la familia, el Estado o la sociedad. De esta manera, mientras corresponde al Estado, por ejemplo, garantizar el servicio público de educación y hacerlo accesible a toda la población, a los padres de familia les corresponde elegir y matricular a sus hijos en una institución¹⁹².

1. Particularmente, en lo que se refiere a la educación, establece el artículo 67 superior que “[e]l Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación”, a la vez que el

artículo 68 prevé la libertad de elección por parte de los padres en la educación para sus hijos, así como la protección reforzada para las personas con limitaciones físicas o mentales. A partir de allí, la jurisprudencia se ha referido al concepto de la corresponsabilidad, previsto en el artículo 10 de la Ley 1098 de 2006¹⁹³, así como a la responsabilidad parental, prevista en el artículo 14 del mismo ordenamiento¹⁹⁴, y ha concluido que los primeros obligados en la satisfacción de los derechos de los niños son sus padres¹⁹⁵.

A. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

1. En el asunto objeto de análisis la Sala deberá determinar si la EPS accionada vulneró los derechos a la salud, integridad física, dignidad humana, igualdad y educación del menor MSP al negarse a financiar el servicio de adecuaciones curriculares en la institución de educación privada de preferencia de la accionante, así como (i) el servicio de transporte requerido para ello; y (ii) el tratamiento integral.

Ausencia de vulneración de los derechos alegados por parte de Sura EPS

1. A partir de lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, considera la Sala que la financiación del servicio educativo con adecuaciones curriculares y el transporte requerido para ello, es un asunto que además de encontrarse expresamente excluido de la financiación con cargo a los recursos del SGSSS, y no tener un impacto directo sobre el estado de salud del beneficiario (ver supra, literal E), ha sido legal y reglamentariamente asignado al sistema educativo oficial, en este caso representado por la Secretaría de Educación del municipio, vinculada al proceso. Lo anterior, con fundamento en las razones que se señalan a continuación.

1. Según fue manifestado por esta misma entidad, el municipio -en su calidad de entidad territorial certificada en educación-, cuenta con una oferta general que abarca a los

estudiantes con discapacidad, para efectos de lo cual (i) ha implementado una Unidad de Atención Integral que tiene por objeto apoyar a las instituciones educativas que tienen estudiantes con necesidades especiales en sus aulas; (ii) ha dispuesto 196 docentes de apoyo que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de los deberes previstos en el Decreto 1421 de 2017; y (iii) en este orden de ideas, los estudiantes con necesidades educativas especiales podrán acceder al sistema y concertar el diseño de un PIAR que permita su integración al servicio público educativo.

1. Ahora bien, sobre el argumento expuesto por la Secretaría vinculada, según la cual lo solicitado por el menor es en realidad un servicio clínico, debe la Sala aclarar que, en efecto, los servicios que tienen por objeto la realización de terapias físicas o rehabilitación del estado de salud del menor MSP corresponden a la red de prestadores adscritos a su EPS, y de hecho, este es el tratamiento que el menor se encuentra recibiendo en la IPS “A” (ver supra, numerales 47 a 51). Sin embargo, en este punto se hace necesario reiterar lo antes dicho, en el sentido de que la integralidad en el servicio de salud no puede abarcar aquellos aspectos que son propios del ámbito de la educación, en la medida en que allí se activa la competencia de los entes territoriales certificados (ver supra, numeral 129).

1. En tal sentido, debe precisarse que la educación con adecuaciones curriculares a las que se refiere la señora APM en su acción de tutela, claramente no es un servicio que se lleva a cabo en un centro clínico, ni por parte de un profesional del área de la salud, a la vez que tampoco tiene impacto en el tratamiento o recuperación del estado de salud del menor. Al contrario, lo solicitado impacta directamente en su proceso educativo, pues se basa en adecuaciones al proceso pedagógico, y requiere esencialmente de las estrategias y programas que para el efecto diseñen los docentes. A tal punto, que (i) precisamente, el servicio se viene garantizando actualmente en un centro de educación formal, que es el colegio AB; y (ii) las IPS especializadas que han valorado al adolescente fueron coincidentes en señalar que este servicio es de carácter educativo (ver supra, numerales 50 y 54).

1. A lo anterior, debe agregarse la naturaleza misma de lo prescrito, que ha sido escolarización con adecuaciones curriculares¹⁹⁶ y PIAR¹⁹⁷, educación regular con programa de inclusión, realizado con adaptación curricular¹⁹⁸, educación especial (inclusión escolar, modificaciones curriculares)¹⁹⁹ y escolarización en institución especializada, para dar continuidad a proceso terapéutico²⁰⁰.

1. Sobre este último aspecto, observa la Sala que, mientras algunas de las órdenes y recomendaciones se han referido a educación regular con PIAR, en el expediente hay una valoración realizada en la IPS “E” que se refiere a “proceso de educación especial (inclusión escolar, modificaciones curriculares)”, junto con una valoración realizada por la entidad IPS “D” que recomendó “escolarización en institución especializada, para dar continuidad a proceso terapéutico”.

1. Sin embargo, en punto a ello debe la Sala señalar que (i) la valoración de la IPS “E”, además de contradecirse ordenando educación inclusiva y a la vez especial -pero en todo caso teniendo por objeto la adecuación curricular, que puede garantizarse por el sistema educativo a través del PIAR-es de fecha 12 de marzo de 2018, es decir, anterior a las órdenes y recomendaciones proferidas en el año 2019, que se refieren a “escolarización con adecuaciones curriculares”, “adecuación curricular”, “adaptación curricular”, “PIAR en el colegio”, y “educación regular con programa de inclusión, realizando adaptación curricular”, donde se tiene además que esa misma institución -IPS “E”- efectuó, con otro profesional, una valoración posterior en que consignó “realizar proceso de inclusión escolar con adaptación curricular”; a la vez que, por su parte (ii) la valoración de la IPS “D” es del año 2015, es decir, de cuatro años antes de las valoraciones del año 2019.

1. Igualmente, cabe recordar que la Sala ofició a ambas entidades -IPS “D” y “E”- en el sentido de indagar por sus registros y conceptos sobre las necesidades puntuales del menor MSP en materia educativa, e incluso profirió un tercer auto de insistencia probatoria dirigido a estas dos entidades en específico para que dieran respuesta a los requerimientos de la

Corte, no obstante lo cual esto nunca se hizo (ver supra, numeral 60).

1. A partir de lo expuesto, la Sala considera que debe apoyarse en el análisis más reciente sobre las necesidades educativas del menor MSP, esto es, los conceptos allegados por la IPS “A” y la IPS “C” en sede de revisión. El primero, afirmó que “Sin duda alguna este paciente se beneficia de procesos educativos en educación formal siempre y cuando tenga los apoyos y ajustes razonables establecidos legalmente, y se realice una formulación adecuada del PIAR que es responsabilidad directa de la institución educativa” (ver supra, numeral 50) mientras que la IPS “C” sostuvo que “el joven requiere que la institución educativa donde se encuentre haga la implementación del PIAR en los términos del Decreto 1421 de 2017 (...) teniendo en cuenta el nivel de compromiso intelectual del paciente, y la edad (...) se sugiere una institución que se encuentre dentro de la red pública educativa (...) la alcaldía ofrece para este tipo de población la IE AC” (ver supra, numerales 54 y 56).

1. Por lo anterior, previa revocación del fallo de segunda instancia, y reconociendo que Sura EPS no se encuentra obligada a financiar los servicios educativos requeridos por el menor MSP, se ordenará: (i) a la Secretaría de Educación del municipio que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, gestione, en coordinación con la señora APM, la matrícula del menor en el sistema educativo oficial, a partir de lo cual, de conformidad con el Decreto 1421 de 2017²⁰¹, en articulación con el sector salud deberá establecer el diagnóstico y proceso de atención más pertinente para el menor MSP; siendo necesario que la Sala (ii) exhorte a la EPS Sura para que, en coordinación con el sector educación²⁰², pueda establecer de forma expedita el diagnóstico actual, claro y completo sobre las necesidades educativas que presenta el menor a este momento. En tal sentido, deberá ser expresamente determinado si MSP requiere de educación especial -en institución especializada-, o educación inclusiva -en institución regular-. En ambos casos, la Secretaría de Educación del municipio deberá hacer efectivo el derecho a la educación del menor, incluso si se activa su deber de contratar con entidades privadas.

1. En este orden, es claro para la Sala que las necesidades educativas del menor MSP deben ser atendidas por la entidad territorial certificada con jurisdicción en el territorio en que reside. Esto claramente, sin perjuicio de la coordinación y apoyo que para el efecto le preste el departamento, en aplicación de lo previsto en la Ley 715 de 2001.

1. Ahora bien, también es cierto que en algunos escenarios los padres deben cumplir con una carga mínima para exigir la garantía de los derechos de sus hijos. En este caso, se tiene que si bien la Secretaría de Educación del municipio manifestó que lo solicitado por el menor es una prestación correspondiente al sector salud, lo cierto es que no ha negado su matrícula en el sistema educativo que administra, ni menos aún puede decirse que le haya negado la ubicación y adaptación según sus necesidades particulares. Es decir, la postura fijada por la entidad se dio con ocasión del proceso de tutela, en la medida en que la accionante no ha matriculado a su hijo en el sistema educativo del municipio, y menos aún había efectuado algún tipo de solicitud en torno a sus necesidades educativas en lo que a la Secretaría de Educación del municipio se refiere²⁰³.

1. En este orden de ideas, la Sala no puede predicar una vulneración actual de las garantías fundamentales del menor en cabeza de la entidad vinculada. Sin embargo, y teniendo de presente la postura que fijó la Secretaría sobre los derechos del menor MSP tanto ante el juez de primera instancia como en sede de revisión (ver *supra*, numerales 21, 22 y 43) la Sala emitirá la orden antes expuesta para asegurar que la discrepancia de criterios entre esa dependencia y la motivación expuesta en esta sentencia, no se constituya en una barrera para la efectividad del derecho a la educación del menor MSP. Asimismo, la intervención del juez constitucional en el presente asunto se justifica en una situación de afectación a los derechos del menor derivada de (i) su situación socioeconómica y estado de salud, que junto a su edad le otorgan la calidad de sujeto de especial protección constitucional; (ii) la presencia de limitaciones que impiden su regular desempeño en todos los ámbitos de la vida cotidiana, y en particular, en el aula educativa; en virtud de lo cual (iii) la activación de los deberes oficiosos del juez se hace aún más evidente, pues al conocer un caso que implique

estas connotaciones de vulnerabilidad, el juez constitucional no podría adoptar una actitud pasiva y limitarse a negar el amparo. A esto se agrega el riesgo de malversación de los recursos de la salud de todos los colombianos, según lo alegado por Sura EPS (ver supra, numeral 38).

1. En todo caso, reitera la Sala que la satisfacción de los derechos fundamentales no es una tarea exclusiva del juez constitucional, pues la Secretaría de Educación del municipio tiene una serie de obligaciones legales y reglamentarias relativas a la garantía del derecho a la educación de menores con capacidades especiales. En virtud de ello, la Sala constata una problemática específica de relevancia constitucional que podría afectar los derechos fundamentales del menor, y por ello procedió a delimitarla e incentivar la acción efectiva por parte de la entidad territorial.

1. En este punto, debe la Corte precisar que según lo ha decantado la jurisprudencia, una vez se ha adoptado una medida que garantiza el derecho a la educación, existe una prohibición de adoptar medidas regresivas sin una justificación constitucionalmente razonable²⁰⁴. Esto, implica adelantar un test de no regresividad, para efectos de determinar si revocar la orden del juez de segunda instancia, que garantizó la escolarización en la IE privada AB, y en su lugar disponer que el menor debe recibir el servicio al interior del sistema oficial, vulnera el derecho fundamental a la educación de MSP.

1. En tal sentido, se ha precisado que la regla de no regresividad implica una obligación de no hacer para el Estado, en el sentido de no regresar sobre los avances constituidos en materia de garantía efectiva de derechos. Así, este mandato se ha interpretado como una regla de “interdicción de la arbitrariedad”²⁰⁵, y según lo ha definido la jurisprudencia (i) es una prohibición “no absoluta” puesto que según las condiciones de cada Estado para un momento determinado puede admitirse el retroceso en ciertas garantías, sin que ello sea algo arbitrario; (ii) es aplicable tanto al Legislador como a la Administración, sin que esta última pueda justificar retrocesos en cuestiones presupuestales, pues ello desconocería su

deber de planeación; (iii) no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la efectividad de los derechos; y (iv) en virtud de esto, es exigible vía judicial la existencia de políticas públicas que garanticen el goce efectivo de los derechos²⁰⁶.

1. Estos lineamientos, han llevado a la Corte a pronunciarse, como juez de tutela, sobre (i) la no regresividad en la garantía del acceso a internet, como parte de la faceta prestacional del derecho a la educación^{207 208}; (ii) la reducción de subsidios inicialmente asignados a programas de vivienda, cuando la entidad territorial no satisface una carga argumentativa adecuada para ello²⁰⁹; (iii) la reducción de la cobertura gratuita de la educación preescolar²¹⁰; y (iv) el desmonte de medidas o reducción de recursos destinados a programas educativos²¹¹. A partir de estos casos, la Corte ha exigido que, de presentarse una medida regresiva en la garantía de los derechos fundamentales, ello se haga con una motivación suficiente por parte de las autoridades administrativas, y, más concretamente, ha establecido que deberá adelantarse un juicio de progresividad y no regresión que supone un juicio de proporcionalidad en sentido estricto²¹².

1. Así las cosas, siguiendo los lineamientos recientes de la Sala Plena, se tiene que en el caso concreto la decisión de detener el proceso educativo del menor MSP en una institución privada, para efectos de trasladarlo al sistema educativo oficial, puede generar una suspensión transitoria en la garantía de su derecho fundamental a la educación, en la medida en que, según lo previsto en el artículo 2.3.3.5.2.3.3 del Decreto 1421 de 2017, el sector educación, en coordinación con el sector salud, tendrán un plazo de máximo tres meses para establecer el diagnóstico y proceso de atención más pertinente para el adolescente.

1. Ante este panorama, considera la Sala que (i) la finalidad perseguida con esta determinación consiste en salvaguardar los recursos del SGSSS, como se expuso ampliamente en la parte motiva de esta decisión. Estos recursos materializan, a su vez, el derecho a la salud de todos los afiliados del sistema. Igualmente, la presente decisión

reconoce la competencia constitucional y legal de las entidades territoriales para prestar el servicio de educación, por lo cual, se persigue una finalidad constitucionalmente importante cuando se garantiza que no se utilicen ni destinen los recursos de las entidades de seguridad social para fines diferentes a ella²¹³, pero asegurando a su vez el menor acceda al servicio educativo por quien está constitucional y legalmente obligado a ello; (ii) por su parte, esta protección a los recursos del SGSSS, a la vez que el reconocimiento de la competencia constitucional, legal y reglamentariamente asignada al sector educación para asumir los servicios de su competencia, debe derivarse, necesariamente, de revocar el fallo de tutela de segunda instancia. Motivo por el cual, la presente decisión se constituye en el medio idóneo para lograr la finalidad buscada; (iii) en la misma línea, debe señalarse que revocando la obligación impuesta a la EPS, para que en su lugar sea el sector educación quien la asuma, se constituye, definitivamente, en el único medio para alcanzar este fin, en tanto que, de no hacerlo, el fallo que se revisa haría tránsito a cosa juzgada constitucional, vinculante para aquellas partes involucradas; y (iv) la determinación adoptada es proporcional en sentido escrito, en la medida en que tras una suspensión transitoria en la prestación del servicio de educación al menor -a la que deben someterse todos los educandos que ingresen al sistema oficial-, logra que el sector educación se encargue de garantizar, como constitucional y legalmente le corresponde, los requerimientos del menor MSP. Así las cosas, se logra preservar el orden constitucional cuando además de salvaguardar los recursos del SGSSS, el sector encargado de los servicios educativos continuará brindando de forma permanente toda la atención que requiera el menor a lo largo de su formación.

1. En virtud de lo expuesto, y toda vez que tanto el Legislador como la jurisprudencia han avalado la idoneidad del sistema oficial para garantizar las demandas educativas de las personas con capacidades intelectuales especiales, considera la Sala que el derecho a la educación del menor deberá seguir los parámetros y lineamientos que se establezcan tanto en el diagnóstico como en el PIAR correspondiente.

1. Luego, a efectos de no desconocer la cláusula de no regresión en el contenido prestacional previamente reconocido, la Sala ordenará expresamente a la Secretaría de Educación tener

en cuenta que la matrícula de MSP en el sistema de educación oficial no puede conllevar una disminución en los componentes de accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad que tiene en la IE en que se encuentra matriculado actualmente. Esto puede implicar, incluso, la eventual activación del deber con que cuentan las entidades territoriales de contratar la prestación de servicios educativos con entes privados (ver supra, numeral 128) pues de ninguna manera puede desconocerse el progreso que MSP haya logrado a la fecha.

1. Finalmente, aclara la Sala que no prospera la pretensión del tratamiento integral, puesto que no pudo evidenciarse en este caso concreto la negligencia en el suministro de alguna prestación perteneciente al sector salud (ver supra, numerales 115 a 117). Contrario a ello, como es claro a partir de las respuestas allegadas por las IPS “C” y “A”, así como las demás atenciones en diferentes IPS adjuntas a la acción de tutela, se evidencia que al momento no se encuentra pendiente la autorización y suministro de alguna tecnología en salud que haya sido ordenada al menor por parte de su médico tratante, ni la accionante lo alega en su escrito de tutela.

Remedio constitucional a adoptar

1. Así las cosas, la Sala (i) revocará el fallo de segunda instancia, para en su lugar negar el amparo invocado en lo que se refiere a la EPS Sura; no obstante lo cual (ii) se ordenará a la Secretaría de Educación del municipio que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído gestione, en coordinación con la señora APM, la matrícula del menor en el sistema educativo oficial, a partir de lo cual, de conformidad con el Decreto 1421 de 2017²¹⁴, en articulación con el sector salud deberá establecer el diagnóstico y proceso de atención más pertinente para el menor MSP; siendo necesario que la Sala (ii) exhorte a la EPS Sura para que, en coordinación con el sector educación²¹⁵, pueda establecer de forma expedita el diagnóstico actual, claro y completo sobre las necesidades educativas que presenta el menor a este momento. En tal sentido, deberá ser expresamente determinado si MSP requiere de educación especial -en institución especializada-, o educación inclusiva -en

institución regular-. En ambos casos, la Secretaría de Educación del municipio deberá hacer efectivo el derecho a la educación del menor, incluso si se activa su deber de contratar con entidades privadas.

1. Finalmente, es relevante mencionar la expedición de la Resolución 293 de 2021, por parte de la Procuradora General de la Nación. En dicho acto, se creó el Grupo Especial de Seguimiento al Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Constitucional al interior de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales. En tal sentido, dispuso la directora del Ministerio Público que (i) este grupo asumirá competencia en aquellos casos en los que la Corte Constitucional ordene a la Procuraduría General de la Nación vigilar y acompañar el cumplimiento de las sentencias que profiera²¹⁶; (ii) para tal efecto, una vez notificada de la decisión, la entidad registrará el caso en su sistema²¹⁷; (iii) se asignará el seguimiento a la procuraduría delegada o territorial competente, que informará periódicamente al Grupo Especial sobre todas las circunstancias relevantes que incidan en el cumplimiento del fallo judicial, incluyendo las gestiones disciplinarias si a ello hubiere lugar²¹⁸; y (iv) el Grupo Especial de Seguimiento podrá solicitar apoyo a otras entidades del Estado en el marco de la labor de seguimiento²¹⁹. Por su parte, también cabe anotar que la Defensoría del Pueblo tiene la misión constitucional de velar por el ejercicio de los derechos humanos de toda la población²²⁰, misma que ejercerá bajo la dirección de la Procuradora General de la Nación²²¹.

1. En virtud de lo expuesto, la Sala ordenará al Ministerio Público que supervise el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN.

1. De conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en esta providencia, correspondió a la Sala de Revisión determinar si la EPS accionada vulneró los derechos a la

salud, integridad física, dignidad humana, igualdad y educación del menor MSP, al negar el financiamiento de su educación en una institución privada que presta el servicio de adecuaciones curriculares ordenado por sus médicos tratantes. Asimismo, su progenitora solicitó que fueran ordenados el transporte y tratamiento integral en relación con el servicio de adecuaciones curriculares.

1. Para efectos de absolver el interrogante planteado, la Sala, luego de (i) reiterar la jurisprudencia sobre las coberturas y exclusiones del sistema de salud, así como dar algunos ejemplos sobre prestaciones que no impactan directamente este derecho, la procedencia de ordenar el tratamiento integral, y en particular, reiterar que la escolarización en instituciones educativas es una prestación excluida del SGSSS en todos los casos; (ii) reiterar la jurisprudencia sobre accesibilidad de las personas con necesidades educativas especiales al sistema educativo oficial, precisando que la financiación de este servicio público se da con cargo a los recursos de la entidad o entidades territoriales certificadas en educación que tienen competencia sobre el asunto, así como el hecho de que, ha habido producción legislativa, de Reglamento y jurisprudencial que busca asegurar una educación inclusiva, y si es del caso, especial, de calidad al interior del sector oficial, punto en el cual se hace determinante la implementación de los PIAR y su reconocimiento a nivel de reglamento y jurisprudencial; (iii) todo esto, sin perjuicio de que, en caso de no poder brindar al menor los servicios que requiere en alguna institución oficial, la entidad territorial correspondiente financie el servicio en una entidad privada que sí cumpla con lo prescrito; (iv) se reiteró que en el sector educativo oficial, en ningún caso el transporte puede convertirse en una barrera de acceso del educando a la garantía efectiva de sus derechos y que, la jurisprudencia ha amparado expresamente los derechos de menores con capacidades cognitivas especiales que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica; y (iv) finalmente se reiteraron los deberes de responsabilidad parental derivados de la Constitución y reiterados en la Ley 1098 de 2006; a partir de lo cual la Sala concluyó que el sector salud no es el responsable de financiar la educación que del menor MSP, por ser ello competencia de la Secretaría de Educación vinculada, como representante del sistema educativo oficial en este proceso.

1. En tal sentido, pudo establecerse que lo ordenado al menor MSP, según se desprende del tenor literal de los conceptos y recomendaciones incorporados al expediente, la jurisprudencia, el reglamento; y según fue confirmado por las IPS especializadas en sede de revisión a la Corte, son servicios esencialmente educativos que, razonablemente pueden incorporarse en el PIAR correspondiente. Sin embargo, y dadas las limitaciones que impone la falta de conocimiento técnico de la Sala, así como la antigüedad de las valoraciones con base en las cuales se emitieron los últimos conceptos, se concluye que estas condiciones deberán ser definidas por los sectores salud y educación, de forma coordinada, en seguimiento de lo establecido en el artículo 2.3.3.5.2.3.3 del Decreto 1421 de 2017. No obstante lo cual, frente a ello (i) se encargó de verificar en primer lugar, que esta determinación sea proporcional en sentido estricto frente a la garantía del proceso educativo del menor; a la vez que (ii) conocido el criterio de la Secretaría de Educación del municipio, expresamente planteado a la Sala respecto del caso concreto del menor MSP, y sabiendo la Corte que el mismo es expresamente contrapuesto a la legislación y jurisprudencia en la materia, en aras de velar por la garantía efectiva del derecho fundamental a la educación, la Sala ordenará a dicha entidad territorial gestionar la matrícula del menor MSP en el sistema educativo oficial, en coordinación con su progenitora; y (iii) exhortará a la EPS Sura para que en coordinación con dicho ente territorial establezca en forma pronta la atención que requiere el menor MSP.

1. Así las cosas, la Sala resolvió revocar el fallo de segunda instancia, a efectos absolver a la entidad accionada de la obligación económica que en su momento le había sido impuesta.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO-. LEVANTAR, respecto del presente asunto, la suspensión de términos ordenada

mediante auto de fecha 16 de septiembre de 2021.

SEGUNDO-. REVOCAR la sentencia proferida el tres (03) de febrero de dos mil veinte (2020) por el juzgado de segundo grado, que a su vez revocó la decisión de primer grado, y en su lugar NEGAR el amparo invocado, por las razones contenidas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO-. ORDENAR a la Secretaría de Educación del municipio que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, gestione, en coordinación con la señora APM, la matrícula de MSP en el sistema educativo oficial del municipio, a partir de lo cual, de conformidad con el Decreto 1421 de 2017222.

Asimismo, en articulación con el sector salud deberá establecer el diagnóstico y proceso de atención más pertinente para el menor. En tal sentido, deberá ser expresamente determinado si el menor de edad requiere de educación especial -en institución especializada-, o educación inclusiva -en institución regular-. En cualquiera de los casos, la Secretaría de Educación del municipio deberá hacer efectivo el derecho a la educación del menor, incluso si se activa su deber de contratar con entidades privadas, y no podrá, de ninguna manera, generar un retroceso en los componentes de accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad que ha garantizado la IE en que el menor se encuentra matriculado actualmente.

CUARTO-. EXHORTAR a la EPS Sura a que, en coordinación con el sector educación223, pueda establecer de forma expedita el diagnóstico actual, claro y completo sobre las necesidades educativas que presenta el menor a este momento. En tal sentido, deberá ser expresamente determinado si MSP requiere de educación especial -en institución especializada-, o educación inclusiva -en institución regular-.

QUINTO-. ADVERTIR a la Secretaría de Educación del municipio que garantice el derecho fundamental a la educación del menor MSP, en tanto el mismo sea matriculado en el sistema educativo oficial del municipio, y atendiendo a sus deberes y obligaciones constitucionales según lo previsto en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO-. Para asegurar el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Sala, se comunicará la presente sentencia al Defensor del Pueblo y a la Procuradora General de la Nación para

que en el marco de sus competencias, efectúen el seguimiento del cumplimiento del presente fallo y vigilen la actuación de las autoridades.

SÉPTIMO-. LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos en él contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA T-038/22

PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD-Alcance (Aclaración de voto)

(...), las decisiones judiciales en materia de tutela no están sujetas al principio de no regresividad y, por tanto, no resulta procedente aplicarles dicho test, por cuanto la competencia de la Corte es, precisamente, la de revisar las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, de allí que estas no hagan tránsito a cosa juzgada sin la revisión (positiva

o negativa, en este último caso, de no selección del expediente) de esta Corte.

Referencia: Expediente T-8.092.410

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, si bien en el presente caso comparto la solución del caso, considero indispensable precisar que las decisiones que adopta la Corte en sede de revisión de fallos de tutela no pueden estar sujetas al principio de no regresividad para efectos de determinar si procede revocar las decisiones judiciales de instancia objeto de revisión.

En relación con este aspecto, en la sentencia se afirma:

“En este punto, debe la Corte precisar que según lo ha decantado la jurisprudencia, una vez se ha adoptado una medida que garantiza el derecho a la educación, existe una prohibición de adoptar medidas regresivas sin una justificación constitucionalmente razonable. Esto, implica adelantar un test de no regresividad, para efectos de determinar si revocar la orden del juez de segunda instancia, que garantizó la escolarización en la IE privada AB, y en su lugar disponer que el menor debe recibir el servicio al interior del sistema oficial, vulnera el derecho fundamental a la educación de MSP” (negrilla fuera del texto).

En mi criterio, las decisiones judiciales en materia de tutela no están sujetas al principio de no regresividad y, por tanto, no resulta procedente aplicarles dicho test, por cuanto la competencia de la Corte es, precisamente, la de revisar las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, de allí que estas no hagan tránsito a cosa juzgada sin la revisión (positiva o negativa, en este último caso, de no selección del expediente) de esta Corte.

La competencia de la Corte para revisar las decisiones de instancia de los jueces de tutela es una manifestación de su posición como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, que encuentra fundamento en el artículo 241.9 de la Constitución, y cuya razón de ser, como lo ha precisado la Sala consiste en lo siguiente:

“asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos, se elabore la doctrina constitucional y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de casos paradigmáticos, respecto del alcance de

los principios, postulados, preceptos y reglas de la Constitución, sobre los que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano”²²⁴.

Así, entonces, plantear que las decisiones de revisión de sentencias de tutela no pueden ser regresivas respecto de las protecciones otorgadas en primera o segunda instancia, desconoce la naturaleza del proceso y supone que las medidas adoptadas por los jueces de instancia hacen tránsito a cosa juzgada antes de su revisión, en el evento de que hubieren sido seleccionadas para su eventual revisión.

La decisión de revocar una providencia de un juez de tutela por parte de la Corte Constitucional, con independencia de la medida que se adopte y de las razones que la fundamenten, forma parte de un proceso que concluye con la decisión de revisión y corresponde al ejercicio de una competencia constitucional²²⁵ que en manera alguna está sujeta a un juicio de regresividad respecto de los fallos de instancia.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-345 y T-526 de 2020.

2 Folio 9 del archivo número 2 en el expediente digital.

3 *Ibíd.*, folios 11 y 16.

4 *Ibíd.*

5 *Ibíd.*, folios 12 y 19.

7 *Ibíd.*, folio 16.

8 *Ibíd.*, folio 17.

9 *Ibíd.*, folio 38.

10 Ibíd., folios 19, 29, 38, 49, 86 y 94.

11 Ibíd., folio 11.

12 Ibíd., folio 22.

13 Ibíd., folios 38 y 48.

14 Ibíd., folio 51.

15 Ibíd., folio 76.

16 Ibíd., folio 71.

17 Concepto emitido por la IPS “Z”, en dictamen de PCL de fecha 22 de diciembre de 2015. Ver archivo “Escrito Tutela” en el expediente digital, folios 15-19.

18 Ibíd.

19 Ver archivo “Escrito Tutela” en el expediente digital, folio 71.

20 Ibíd., folio 91.

21 Ibíd., folio 94.

22 Esta última, según indicó la demandante desde su petición, se encuentra especializada en la inclusión escolar para alumnos con distintos tipos de discapacidad. Ibíd., folios 57-58.

23 Ibíd., folio 96.

24 Ibíd., folios 59-62.

25 Ibíd., folio 61. Cabe resaltar que la accionante no adjuntó constancia de esta petición o respuesta a su acción de tutela.

26 Ibíd., folio 64.

27 Ibíd.

28 Ibíd., folio 5.

29 Ver archivo 5 del expediente digital.

30 Ver folio 2 de la respuesta.

31 Ver archivo 6 del expediente digital.

32 Ver archivo 8 del expediente digital.

33 Ver folios 4-5 del archivo en mención.

34 Ver folio 5 del archivo en mención.

35 Ver archivo 7 del expediente digital.

36 Ley 115 de 1994, artículos 4º, 5º, 46 y 47; Decreto 2082 de 1996, artículos 1-4 y 12.

37 “El Ministerio de Educación Nacional promoverá la prestación de un eficiente y oportuno servicio educativo en el sector oficial a la población en situación de discapacidad, con los recursos que se giran a través del Sistema General de Participaciones por la atención a cada estudiante reportado en el sistema de matrícula Simat. Para el efecto, por cada estudiante con discapacidad reportado en el sistema de matrícula Simat, se girará un 20% o porcentaje adicional, de conformidad con la disponibilidad presupuestal que haya en cada vigencia, y que por nivel y zona defina anualmente la Nación”.

38 Ver archivo 10 del expediente digital.

39 Archivo 14 del cuaderno digital.

40 Corte Constitucional, sentencia T-518 de 2006.

41 En este punto cita la sentencia T-282 de 2006.

43 Ver folio 1 de la respuesta.

44 Historia clínica de fecha 15 de mayo de 2020.

45 Ibíd.

46 Ver folio 1 de la respuesta. Aclara la Sala que esta nueva pretensión fue planteada en sede de revisión, por lo cual la misma no fue objeto de controversia en las dos instancias que precedieron esta sentencia.

47 Junto con su respuesta, la EPS adjunto (i) nota médica de fecha 16/12/19, suscrita por el psiquiatra tratante del menor MSP, en que señala que sus necesidades educativas deben ser atendidas según los lineamientos del Decreto 1421 de 2017; (ii) un historial de todas las autorizaciones que la entidad ha expedido a favor del menor entre los años 2018 y 2021; (iii) una certificación de la compañía que presta el servicio de transporte a los afiliados de la EPS, que da cuenta de gastos por la suma de \$ 10.893.226 desde marzo de 2019; (iv) las facturas expedidas por el colegio AB con cargo a la EPS, por la suma total de \$ 8.191.197; y (v) los soportes de pago por la suma de \$ 8.419.489.

48 En este punto debe entenderse que la entidad se refiere solo a servicios de salud, pues el fallo de segunda instancia que le impuso la obligación económica fue proferido casi un año después, en febrero de 2020.

49 Folio 4 de la respuesta.

50 Ibíd.

51 Ver folio 2 de la respuesta.

52 Ibíd., folio 6.

53 Ibíd., folio 8.

54 Ver folio 2 de la respuesta.

55 Ver folio 2 de la respuesta.

56 Ibíd.

57 Ibíd.

58 Ver folio 1 de la respuesta.

59 Ibíd.

60 Ver folio 2 de la respuesta.

61 Ver folios 3 y 4 de la respuesta.

62 Ver folio 5 de la respuesta.

63 Ver folio 5 de la respuesta.

64 Ver folio 71 del archivo 2 en el expediente digital.

65 Corte Constitucional, entre otras sentencias T-219 de 2018 y SU-027 de 2021.

66 Corte Constitucional, sentencia SU-027 de 2021.

67 Corte Constitucional, sentencia T-219 de 2018.

68 Corte Constitucional, sentencia T-427 de 2017.

69 Corte Constitucional, sentencia T-219 de 2018.

70 Ver folios 5 y 6, archivo 7 del expediente digital.

71 Ver folio 4 del archivo 14 en el expediente digital.

72 Ver folio 7, ibíd.

73 Decreto 2591 de 1991, artículo 8º.

74 Corte Constitucional, sentencias SU-108 de 2018 y T-246 de 2015.

75 Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992. Mediante esta sentencia se declararon inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, que preveían el término de caducidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

76 Corte Constitucional, sentencias T-1170 de 2008 y SU-965 de 1999

77 Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-060 de 2019, T-291 de 2017, T-060 de 2016, T-246 de 2015, SU-189 de 2012, T-290 de 2011, T-792 de 2009 y SU-961 de 1999.

78 Corte Constitucional, sentencia T-382 de 2018.

80 Ver archivo 2 del expediente digital “escrito de tutela”, entre otros, folios 13, 19 y 21.

81 En ese sentido, en sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional señaló que la razón de ser de este requisito es evitar la transgresión de principios como la cosa juzgada o la seguridad jurídica, ya que permitir que la acción de tutela se interponga meses o incluso años después de la fecha en la que se toma la decisión desdibujaría la finalidad de los mecanismos ordinarios de defensa previstos por el legislador.

82 Corte Constitucional, sentencia T-616 de 2019.

83 Ibídem.

84 Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-603 de 2015, T-375 de 2018 y T-616 de 2019.

85 Corte Constitucional, sentencia T-580 de 2006.

86 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Reformada por las leyes 1438 de 2011 y 1949 de 2019.

87 Ley 1122 de 2007, artículo 41.

88 Esa competencia se les asignó mediante el Decreto 2462 de 2013.

89 Ley 1949 de 2019, artículo 6: “La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.” (Resaltado por fuera del derecho sustancial).

90 Decreto 2591 de 1991, artículo 3.

91 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

92 Contenidas en la Ley 1438 de 2011, artículo 126, y la Ley 1949 de 2019, artículo 6.

93 Criterio reiterado en las sentencias de unificación 124 de 2018 y 508 de 2020.

94 Corte Constitucional, sentencia T-465 de 2015.

95 Ver folio 7 del archivo “escrito tutela”.

96 Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU-195 de 2012 y T-001 de 2021.

97 Ibíd.

98 Corte Constitucional, sentencia T-001 de 2021.

99 Corte Constitucional, sentencias T-760 de 2008 y T-001 de 2021.

100 Corte Constitucional, sentencia SU-484 de 2008.

101 Corte Constitucional, sentencias T-115 de 2015 y T-104 de 2018.

102 Artículo 49: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)”. (resaltado por fuera del texto original).

103 Artículo 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)” (resaltado por fuera del texto original).

104 Corte Constitucional, entre otras sentencias T-196 de 2018 y T-010 de 2019.

105 Como se ha reiterado, entre otras, en las providencias citadas en la nota al pie anterior.

106 Corte Constitucional, sentencia T-090 de 2021.

107 “(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

108 “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

110 Corte Constitucional, sentencias T-196 de 2018.

111 Corte Constitucional, sentencia T-158 de 2010.

112 Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 1.

113 Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 2.

114 Mediante sentencia C-313 de 2014, esta Corte examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, en virtud de la competencia contenida en el artículo 241.8 de la Constitución.

115 Ley 1751 de 2015, artículo 2º.

116 El modelo anterior, contemplado en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, consistía en la garantía de los servicios e insumos contenidos expresamente en los planes obligatorios de salud, los cuales variaban de contenido dependiendo del tipo de afiliado y el régimen de afiliación.

117 Regulado mediante Resolución No. 330 de 2017, en la que se determinaron sus etapas y funcionamiento.

118 El legislador estatutario otorgó dos años al Ministerio para implementar el procedimiento de exclusiones (Ley 1751 de 2015, artículo 15).

119 Sentencia C-313 de 2014.

120 Auto proferido en seguimiento al cumplimiento de las órdenes 17 y 18 de la sentencia T-760 de 2008, sobre actualización integral y periódica del POS.

121 Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, Auto 410 de 2016.

122 Ley 1955 de 2019, art. 240; Ministerio de Salud y Protección Social, resoluciones 205 y 206 de 2020.

123 El recobro se realiza ante la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, en el Régimen contributivo, y ante la entidad territorial respectiva, en el Régimen Subsidiado. Ver resoluciones No. 5395 de 2013 y 1885 de 2018.

124 Corte Constitucional, sentencias T-475 de 2020, T-364 de 2019, T-117 de 2019, SU-508 de 2020 y T-133 de 2020.

125 Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-423 de 2019, T-475 de 2020 y T-015 de 2021.

126 Corte Constitucional, sentencia T-475 de 2020.

127 Corte Constitucional, sentencia T-364 de 2019.

128 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

129 Corte Constitucional, sentencia T-133 de 2020.

130 *Ibíd.*

131 *Ibíd.*

132 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso. reporte de prescripción. suministro. verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”.

133 “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías en salud financiados con recursos de la unidad de pago por capitación (UPC)”.

134 Ley 1751 de 2015, artículo 9: “Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que

incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud. El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados. Parágrafo. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud”.

135 Ley 1751 de 2015, artículo 6º.

136 Ley 1751 de 2015, artículo 8º.

137 Ibíd.

138 Artículos 10, 15 y 20.

139 Corte Constitucional, sentencia T-207 de 2020.

140 Corte Constitucional, sentencias T-081 de 2019 y T-133 de 2020.

141 Corte Constitucional, sentencia T-081 de 2019.

142 Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2021.

143 La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 26; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 13 (Ley 74 de 1968); la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 23, 28 y 29 (Ley 12 de 1991); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad, artículo III (Ley 762 de 2002); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 24 (Ley 1436 de 2009).

144 Corte Constitucional, sentencia T-364 de 2019.

145 Ley 115 de 1994, artículo 46.

146 Ley 361 de 1997, artículo 10.

147 Ibíd., artículo 11.

148 Artículo 5º.

149 Artículos 6º y 7º.

150 Artículo 24.

151 “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

152 Artículo 11.

153 Artículo 2.3.3.5.1.1.3.

154 Artículo 2.3.3.5.1.1.4.

155 Artículo 2.3.3.5.1.3.3.

156 Artículos 2.3.3.5.1.3.6. y 2.3.3.5.1.3.11.

157 Artículo 2.3.3.5.2.2.1.

158 Artículo 2.3.3.5.2.3.1.

160 Corte Constitucional, sentencias T-620 de 1999, T-905 de 2012, T-465 de 2015, y T-227 y T-345 de 2020.

161 Corte Constitucional, sentencia T-465 de 2015.

162 Corte Constitucional, sentencias T-170 de 2007 y T-791 de 2014. En tal sentido, en la sentencia T-899 de 2010 se negó una pretensión de escolarización en institución especializada por carecer de conceptos que así lo sugirieran. Por su parte en la sentencia T-629 de 2017, la Corte ordenó efectuar una valoración especializada que tuviera por objeto

determinar cuáles de los menores agenciados realmente requerían de educación en una institución especializada, y cuáles no.

163 Corte Constitucional, sentencias T-523 de 2016 y T-345 de 2020.

164 Corte Constitucional, sentencias T-974 de 2010, T-905 de 2012 y T-480 de 2018.

165 Corte Constitucional, sentencias T-974 de 2010 y T-523 de 2016. Este deber fue reiterado en las consideraciones de la sentencia T-345 de 2020.

166 Corte Constitucional, sentencia T-974 de 2010.

167 Corte Constitucional, sentencias T-170 y T-364 de 2019, sentencia T-345 de 2020.

168 Corte Constitucional, sentencia T-392 de 2011.

169 Corte Constitucional, sentencia T-170 de 2019.

170 Corte Constitucional, sentencias T-974 de 2010 y T-905 de 2012.

171 Corte Constitucional, sentencias T-974 de 2010 y T-905 de 2012. En sentido similar, T-495 de 2012.

172 Corte Constitucional, sentencia T-974 de 2010. En sentido similar, en sentencia T-170 de 2019 la Corte recordó que, cuando se trata de estudiantes con discapacidad, la garantía de su derecho a la educación es una responsabilidad principalmente a cargo de las instituciones educativas de carácter privado u oficial.

173 Corte Constitucional, sentencias T-495 de 2012, T-170 y T-364 de 2019.

174 Corte Constitucional, sentencia T-847 de 2013.

175 Corte Constitucional, sentencia T-488 de 2016. En sentido similar, sobre escolarización de menores con pares que no tienen necesidades educativas especiales, ver T-523 de 2016 y T-629 de 2017.

176 Artículo 2.3.3.5.1.4.

177 Artículo 2.3.3.5.2.3.5.

178 Ibíd.

179 Artículo 2.3.3.5.2.3.9.

180 Corte Constitucional, sentencia T-523 de 2016.

181 Ibíd.

182 Corte Constitucional, sentencia T-994 de 2010.

183 Corte Constitucional, sentencia T-598 de 2013.

184 Corte Constitucional, sentencia T-480 de 2018.

185 Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2020.

186 Ibíd.

187 Ver folios 2-3 de la respuesta.

188 Corte Constitucional, sentencia T-537 de 2017.

189 Corte Constitucional, sentencia T-008 de 2016.

190 Corte Constitucional, sentencia T-247 de 2014.

191 Corte Constitucional, sentencia T-124 de 2020.

192 Corte Constitucional, sentencia T-364 de 2019.

193 “Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección”.

194 “obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza (...) Esto

incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

195 Corte Constitucional, sentencias T-364 de 2019 y T-133 de 2020. Estos lineamientos han permitido a la Corte reiterar el deber constitucional que asiste a los padres de familia de inscribir a sus hijos en las instituciones que conforman la oferta educativa. Motivo por el cual, en sentencia T-364 de 2019, la Corte negó una solicitud de sombra terapéutica en entorno escolar, partiendo de la base de que para ello el menor debía encontrarse, en primer lugar, escolarizado.

196 *Ibíd.*, folios 19, 29, 38, 49, 86 y 94.

197 *Ibíd.*, folio 11.

198 *Ibíd.*, folio 22.

199 *Ibíd.*, folio 76.

200 *Ibíd.*, folio 71.

201 Artículo 2.3.3.5.2.3.3.

202 *Ibíd.*

203 Al respecto, debe mencionarse que a folio 61 del archivo 2 en el expediente digital, esto es, en la petición que la accionante elevó el 12 de septiembre de 2019 ante la EPS accionada, manifestó que había acudido previamente a presentar su solicitud de “educación especial en una institución especializada” ante la Secretaría de Educación Departamental, no obstante lo cual obtuvo por respuesta que al ente territorial no le corresponde asumir este servicio (ver *supra*, numeral 11). Sin embargo, en este punto debe la Sala poner de presente que no cuenta con una constancia de ese suceso en el expediente, a la vez que, tanto en el trámite de tutela como en sede de revisión, se procedió con la vinculación del municipio por ser el primer obligado a garantizar el derecho, según lo previsto en el artículo 7º de la Ley 715 de 2001.

204 Corte Constitucional, sentencia T-030 de 2020.

205 Ibíd.

206 Ibíd., en reiteración de las sentencias C-046 de 2018, T-760 y T-1259 de 2008.

207 Particular sobre el cual afirmó, que corresponde a la entidad territorial demostrar la existencia de una finalidad importante y la efectiva conducencia de su decisión para lograr la misma.

209 Corte Constitucional, sentencia T-1318 de 2005.

210 Corte Constitucional, sentencia T-066 de 2007.

211 Corte Constitucional, sentencia T-428 de 2012.

212 Corte Constitucional, sentencias C-228 de 2011, T-428 de 2012, C-046 de 2018, T-088 y C-271 de 2021.

213 Constitución Política, artículo 48.

214 Artículo 2.3.3.5.2.3.3.

215 Ibíd.

216 Resolución 293 de 2021, artículo 1º.

217 Ibíd., artículo 4.1.

218 Ibíd., artículo 4.4.

219 Ibíd., artículo 7º.

220 Constitución Política, artículo 282.

221 Ley 25 de 2014, artículo 1º.

222 Artículo 2.3.3.5.2.3.3.

223 Ibíd.

224 Auto A-012 de 2004. Cfr., igualmente, las sentencias C-543 de 1992 y C-018 de 1993.

225 Tal como se deriva de lo dispuesto por el artículo 241.9 de la Carta.