

T-170-19

Sentencia T-170/19

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-
Requisitos

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA
FRENTE AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE
SALUD

PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD-Sujetos de especial protección constitucional

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE
DISCAPACIDAD-Protección constitucional y en los tratados y convenios internacionales

EDUCACION INCLUSIVA-Concepto y alcance

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA-Entidades del sector educativo responsables de los
ajustes razonables

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE PERSONA EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA-Reglas jurisprudenciales en relación con el
acompañamiento de auxiliares terapéuticos en el aula de clases

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE
DISCAPACIDAD-Acceso a terapias alternativas no POS bajo la metodología A.B.A.

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION
DE DISCAPACIDAD-Orden a la Secretaría de Educación proporcionar acompañante de
naturaleza terapéutica a menor con autismo

Referencia: Expediente T-6.588.199.

Acción de tutela interpuesta por Diana Patricia Puentes Suárez (en calidad de agente oficiosa del menor de edad RASM) contra el Municipio de Yopal y otros.

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Yopal – Casanare.

Asunto: Derecho a la educación inclusiva de los niños y niñas en situación de discapacidad.
Derecho a la salud de personas en situación de discapacidad.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia del 12 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Yopal, que confirmó parcialmente el fallo del 9 de julio de 2018 dictado por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal.

El asunto fue conocido inicialmente por la Corte Constitucional por remisión que realizó el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Yopal. El 16 de febrero de 2018, la Sala de Selección Número Dos de Tutelas de esta Corporación lo seleccionó para revisión[1].

Posteriormente, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, a través de Auto del 16 de mayo de 2018, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia desde el auto admisorio de la demanda, excepto las pruebas aportadas. En efecto, la Corte consideró que no se habían garantizado los derechos fundamentales a la defensa y

contradicción de la Gobernación de Casanare, puesto que la decisión que se tomara podía afectar sus intereses.

El Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal, profirió sentencia el 9 de julio de 2018. Dicha decisión fue revisada en segunda instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Yopal, el cual la confirmó de manera parcial por medio de fallo del 12 de septiembre de 2018.

El expediente fue remitido directamente al despacho de la Magistrada Sustanciadora, de conformidad con lo dispuesto en el numeral tercero del Auto del 16 de mayo de 2018, proferido por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional[2].

I. ANTECEDENTES

La Defensora del Pueblo Regional de Casanare[3] en calidad de agente oficiosa del menor de edad RASM[4], presentó acción de tutela en contra del Municipio de Yopal y Colombiana de Salud S.A. EPS, por considerar que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la educación inclusiva, a la igualdad y a la salud.

A. Hechos y pretensiones

1. La agente oficiosa manifestó que su agenciado fue diagnosticado con “autismo de la niñez”[5] y estudia en el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán de Yopal.
2. Indicó que el 1° de abril de 2017, el mencionado plantel educativo solicitó a los padres del menor de edad tramitar ante la entidad competente el acompañamiento de un “cuidador sombra” para apoyar la ejecución de las actividades académicas propuestas para su hijo, debido a que el manejo de su conducta y los cuidados que necesita desbordaban las capacidades del personal docente que lo tenía a su cargo[6].
3. Adujo que el 31 de marzo de 2017 los padres del tutelante solicitaron ante la EPS Colombiana de Salud S.A, entidad a la cual se encontraba afiliado para ese momento, la “sombra” requerida por la institución educativa. Adicionalmente, solicitaron la prestación eficiente y oportuna de los distintos servicios de salud que requiere el niño para el tratamiento de su condición médica[7].

4. Mediante comunicación del 11 de abril de 2017, la EPS Colombiana de Salud S.A. rechazó las anteriores solicitudes por considerar que sus obligaciones consistían en la prestación de servicios de salud y no educativos. En ese sentido, indicó que dicha responsabilidad correspondía a la Secretaría de Educación de Yopal[8].

5. Aseveró que el 31 de abril de 2017 los padres del niño solicitaron ante la Secretaría de Educación municipal la asignación de la “sombra” requerida[9]. Dicha entidad respondió de manera negativa el 7 de junio de 2017 al afirmar que la “sombra” debía ser suministrada por la EPS, ya que los cuidados que requiere el niño agenciado desbordan el ámbito educativo por tratarse de un apoyo terapéutico[10].

Con fundamento en los hechos anteriormente narrados, en la acción de tutela solicitó ordenar: (i) al Municipio de Yopal la asignación de la “sombra” requerida por la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán a favor del niño agenciado y (ii) a la EPS accionada la prestación integral y eficiente de los servicios de salud que requiera.

B. Actuación procesal en sede de tutela previa a la anulación

6. Mediante Auto de 28 de julio de 2017[11], el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal avocó conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado a los representantes legales de la EPS Colombiana de Salud y el Municipio de Yopal.

7. La Alcaldía Municipal de Yopal[12] afirmó que no era su responsabilidad asignar la “sombra” requerida pues dicho acompañamiento es más de tipo terapéutico que académico[13]. Expresó que el niño no solamente presentaba deficiencias en el proceso de aprendizaje, sino que necesitaba cuidados de salud e higiene. Por lo tanto, solicitó desestimar las pretensiones de la acción de tutela en su contra[14].

8. Mediante sentencia del 14 de agosto de 2017[15], el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal, concedió el amparo constitucional y ordenó: (i) a la EPS Colombiana de Salud la adopción de las medidas necesarias para que un equipo interdisciplinario de médicos especialistas, con la participación del colegio, valoraran al menor de edad y establecieran los mecanismos de apoyo terapéutico más adecuados en el proceso de inclusión escolar; y (ii) a la Secretaría de Educación de Yopal adelantar las

acciones y disponer de los recursos necesarios para garantizar la prestación del servicio educativo al menor de edad[16].

9. En la impugnación del fallo, la EPS Colombiana de Salud manifestó que se incurrió en un error procedimental al no haber tenido en cuenta su contestación de la tutela[17], por lo que pidió revocar la sentencia. Adicionalmente, aclaró que la EPS brindó de manera eficiente los servicios médicos requeridos por el menor de edad, no obstante, precisó que el servicio de “acompañante sombra” hace parte de las exclusiones de los servicios de salud del régimen de excepción del Magisterio[18].

10. El 13 de octubre de 2017, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Yopal revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo al encontrar acreditado que la Alcaldía de Yopal contaba con un profesional que hacía presencia en el Instituto Educativo donde estudia el agenciado y que acompañaba su proceso de aprendizaje en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 366 de 2009 en materia de inclusión educativa[19].

Respecto a la solicitud de manejo terapéutico integral para el niño por parte de Colombiana de Salud EPS, el juez acogió lo manifestado por la entidad prestadora de salud en cuanto a que nunca se sustrajeron de las obligaciones respecto del menor de edad y, en consecuencia, estimó que no se han vulnerado los derechos alegados.

11. El 16 de febrero de 2018 la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional seleccionó y repartió a la Magistrada Sustanciadora[20] el presente asunto. Mediante Auto del 23 de marzo de 2018, la Magistrada Sustanciadora vinculó al Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán de Yopal y solicitó algunas pruebas[21], con el fin de contar con elementos de juicio adicionales para resolver el asunto sometido a consideración de la Corte.

12. El Rector del Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán de Yopal[22] reiteró[23] que la institución contaba con un profesional de apoyo-psicológico contratado por la Secretaría de Educación municipal, quien debía atender a toda la población estudiantil en situación de discapacidad[24]. Agregó que cuando se detectaba la necesidad de un “acompañante sombra” se notificaba a la Secretaría de Educación y a los padres del niño para efectos de que realizaran los trámites correspondientes ante la EPS. Finalmente, expuso las actividades desarrolladas por la institución con respecto al caso del agenciado[25] y

manifestó que no vulneró sus derechos.

13. La Secretaría de Educación y Cultura de Yopal[26] precisó que[27]: (i) no le corresponde “sufragar medidas de cuidado personales y permanentes que excedan la prestación del servicio en el marco de las actividades pedagógicas y didácticas que tengan lugar en el establecimiento educativo”[28]; (ii) el Decreto 1421 de 2017 no contempla la provisión de “cuidadores sombra” de carácter permanente para los estudiantes con discapacidad, pues dichos apoyos constituyen prestaciones de salud; (iii) en cumplimiento a sus obligaciones contrató un docente de apoyo pedagógico en la institución educativa respectiva, el cual atiende 38 estudiantes en situación de discapacidad; y, por último, (iv) afirmó que asegura el derecho a la educación inclusiva de las personas en situación de discapacidad, por medio de la garantía de acceso, permanencia y graduación en el establecimiento educativo regular y oficial más cercano y del desarrollo del plan individualizado de ajustes razonables (PIAR).

14. La Defensora del Pueblo Regional Casanare[29] informó que, con posterioridad a la interposición de la acción de tutela existía una nueva amenaza a los derechos a la salud y la educación inclusiva de su agenciado[30] porque:

(i) El niño fue desescolarizado para el año 2018 “por ausencia del tutor sombra solicitado (...) ya que, si bien es cierto que la Secretaria de Educación municipal de Yopal habla sobre la contratación de profesionales de apoyo, estos no tienen el perfil solicitado, su contratación no es constante y la cantidad no supe las necesidades de la población educativa”.

(ii) Se trasladó al niño de la EPS Colombiana de Salud S.A. a la EPS Unión Temporal MEDISALUD, la cual le ha negado los medicamentos esenciales (Risperidona y Melatonina) para su tratamiento e igualmente, se rehúsa a brindarle terapias ABA[31]. Como sustento de lo anterior, allegó copia de la historia clínica, en la cual se evidencia que tanto los medicamentos, como las terapias referidas, fueron ordenadas por los especialistas que habían atendido al niño[32].

(iii) El padre del menor de edad padecía de “esclerodermia con compromiso pulmonar y motora”, razón por la cual no podía trabajar. Por ello, la madre de su agenciado tuvo que asumir los gastos del hogar, mientras se encargaba del cuidado de su

esposo y sus tres hijos[33].

El Municipio de Yopal y Colombiana de Salud S.A. EPS[34] no respondieron a la solicitud de pruebas.

15. Mediante Auto del 19 de abril de 2018[35], la Magistrada Sustanciadora solicitó pruebas y vinculó a Medisalud UT EPS, entidad de salud a la cual se encuentra afiliado el menor de edad actualmente[36], y a las Secretarías de Educación y Salud de Casanare y Yopal para que ejercieran sus derechos de contradicción y de defensa en relación con los hechos alegados y las pretensiones formuladas por la accionante. Adicionalmente, ofició al Ministerio de Educación Nacional y al Ministerio de Salud y Protección Social, e invitó a diferentes organizaciones[37] para que conceptuaran acerca de la figura del “cuidador sombra”, con el fin de contar con mayores elementos de decisión para el caso en concreto.

16. El rector del Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán de Yopal relató cronológicamente el desarrollo de las actividades relacionadas con la atención del tutelante[38] de la siguiente manera:

(i) El menor de edad fue matriculado en el año 2017 y renovó su matrícula en el 2018[39].

(ii) El 12 de febrero de 2018 la docente de aula informó que el estudiante presentó comportamientos estereotipados, conductas disruptivas y agresivas hacia los compañeros y docentes; no permaneció en el aula de clase y puso en riesgo su integridad, situación por la cual no completó la jornada escolar[40].

(iii) El 16 de febrero de 2018, se convocó a una reunión con participación de la madre del niño “con el fin de plantear nuevas estrategias para lograr la permanencia, adaptación, autonomía, contención y control de las conductas agresivas del menor”[41]. En dicha ocasión se “decid[ió] como estrategia temporal el ajuste razonable de la jornada escolar a una hora y estrategia pedagógica el acompañamiento de la docente de apoyo e ir evaluando los logros para ajuste de la estrategia”[42].

(iv) El 20 de marzo de 2018 realizó una nueva reunión para socializar los avances de las

estrategias adoptadas en la que encontró que “hay avances en el proceso pedagógico-cognitivo; sin embargo, persisten las conductas agresivas y las dificultades comportamentales que impiden avances en el proceso de inclusión en el aula”[43]. No obstante, dado que la docente de apoyo no puede dedicarse exclusivamente al menor de edad, se ratificó la necesidad del acompañante permanente para regular el comportamiento inadecuado y favorecer su adaptación y socialización[44]. Desde dicha fecha y hasta la presentación del oficio del Colegio, el 27 de abril de 2018, el menor de edad no había asistido a la institución educativa.

(v) Por último, indicó que el 22 de marzo de 2018 se realizó una reunión con la Secretaría de Educación “a fin de aunar esfuerzos para gestionar ante las entidades correspondientes la designación del acompañante permanente para poder suplir la necesidad en condiciones adecuadas”[45]. Sin embargo, no mencionó los resultados de dicha reunión.

17. El Ministerio de Educación Nacional[46], informó que:

(i) La normativa de educación en Colombia no contempla una definición de lo que en salud se denomina “tutor sombra”. Por lo mismo, no es de su competencia su asignación ni tiene establecida ninguna disposición para proveerlo.

(ii) El Servicio Público de Educación garantiza a las personas en situación de discapacidad[47] el acceso a la educación en el sistema educativo regular, pero con apoyos pedagógicos y didácticos[48] y medidas de diseño universal que facilitan su acceso, permanencia y participación.

(iii) Los requerimientos de salud no son de responsabilidad de la institución educativa, aunque esta se convierta en el eje o promotor de dichos derechos. Dicho en otras palabras, la institución educativa puede articular dichos servicios, pero no satisfacerlos. Por lo anterior, es el sector salud el que debe asignar el concepto de sombra terapéutica[49].

(iv) El “Protocolo Clínico para el diagnóstico, tratamiento, y ruta de atención integral de niños y niñas con trastornos del espectro autista” del Ministerio de Salud y Protección Social, no “recomienda el uso de sombras terapéuticas, dado que no favorecen el cumplimiento del objetivo de la terapia, la autonomía. (...) En caso de requerirse una

intervención que supere las 8 horas o requiera un acompañamiento terapéutico como ‘auxiliares personales’ deberán ser indicadas, planeadas y evaluadas por el equipo interdisciplinario, buscando propiciar la generalización de habilidades en entornos naturales, por lo que debe ser claro el desvanecimiento gradual de los apoyos que utiliza (...)”[50].

De acuerdo con lo anterior, aclaró que, a diferencia de los “cuidadores sombra”, los docentes de apoyo pedagógico que brindan servicios en las instituciones educativas lo hacen en el marco de las actividades pedagógicas y didácticas que tienen lugar en el establecimiento educativo y durante la jornada escolar, es decir, son recursos de los cuales se benefician todos los estudiantes, no algunos específicamente.

En relación con otros apoyos terapéuticos o académicos que se puedan brindar al menor de edad, manifestó que los mismos no se pueden determinar de manera general, sino a través del Plan Individual de Ajustes Razonables (PIAR), el cual, con base en las características del niño, define los apoyos que la institución educativa debe implementar.

Finalmente, afirmó que, de acuerdo con sus reportes, el Municipio de Yopal, ha cumplido con lo dispuesto en el Decreto 1421 de 2017 en lo referente a la educación inclusiva y, por lo mismo, no tiene sanciones por incumplimiento de la política de educación inclusiva.

18. La Secretaria de Educación y Cultura de Yopal[51] informó que:

(i) En cumplimiento de lo ordenado por el Decreto 1421 de 2017, el Municipio ha implementado las estrategias establecidas para el desarrollo de educación inclusiva de personas en situación de discapacidad, encontrándose en la fase de diagnóstico.

(ii) El acompañante sombra debería ser un psicólogo educativo o un educador especial, con herramientas, conocimientos, técnicas pedagógicas y psicológicas que permitan un trabajo más integral y la inclusión del niño en el entorno que lo rodea. Por el contrario, los ajustes razonables determinados en el Decreto 1421 de 2017, que se incluyen en el sector educativo, son de tipo pedagógico no sanitario.

(iii) Algunos criterios para que el docente de aula y el docente de apoyo, a través del PIAR, establezcan la necesidad de un acompañante sombra son: “Que el estudiante

presente un comportamiento altamente disruptivo, que impida el desarrollo funcional de las clases, afectando el derecho de educación de sus compañeros. – Que el estudiante presente conductas altamente agresivas, que representen riesgo para su seguridad o para la seguridad de las personas del entorno. – Que el estudiante presenta conductas escapistas que pongan en riesgo su seguridad. – Que el estudiante requiera cuidados médicos permanentes”[52].

19. La Secretaría de Salud Municipal de Yopal[53] afirmó que, de acuerdo con lo establecido en los Decretos 971 de 2011 y 780 de 2016, no tiene dentro de sus funciones la competencia para la asignación de un “acompañante o cuidador sombra” y que en las reuniones del Sistema Municipal de discapacidad no se ha dado ningún lineamiento sobre el tema. Igualmente, indicó que no tiene registros de asignación de un acompañante sombra en el Municipio de Yopal.

En relación con las terapias ABA, indicó que son un conjunto de actividades tendientes a revertir el aislamiento incapacitante y lograr la sanación del paciente, las cuales pueden ser autorizadas por el profesional de salud correspondiente[54]. Sin embargo, “muchas de estas terapias no cuentan con evidencia científica sobre su seguridad y efectividad”.

20. El Ministerio de Salud y Protección Social[55] indicó los mecanismos de protección establecidos en el Sistema de Salud, sus fuentes de financiación y el alcance de los mismos. Presentó algunas precisiones respecto al vocablo “tutor sombra”, para indicar que el término correcto es “terapia sombra” y lo definió como “una persona natural que se encarga como su nombre lo indica de estar acompañando al menor en condición de discapacidad en el proceso educativo”[56].

En relación con sus obligaciones en cuanto a la educación inclusiva de menores de edad con autismo, manifestó que “por lo que compete al Ministerio de Salud y Protección Social [,] en lo referente a la educación se establece en el marco de las actividades del Plan de Intervenciones Colectivas (PIC) y lo referente a las actividades de educación individuales, conforme a la Resolución 5269 de 2017”[57]. Sin embargo, aclaró que, de acuerdo con dicha resolución, las terapias sombra están excluidas del plan de beneficios de salud y no se reconocen con recursos públicos ni tienen competencia para asignarlos.

Indicó que la terapia sombra, “no es una es una expresión reconocida en la literatura

científica y comunidad académica en los enfoques del Trastorno del Espectro Autista más conocidos en el mundo, no se menciona ni se recomienda en ninguna de las GPC evaluadas y tenidas en cuenta en el Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento, y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con trastornos del espectro autista”[58] y no hace parte de los procedimientos que conforman las terapias ABA.

Definió las terapias ABA como un “conjunto de actividades tendientes a revertir el aislamiento incapacitante y lograr la sanación del paciente, razón por la cual su descripción no es acorde con la Clasificación Única de Procedimientos en Salud –CUPS”[59] y aclaró que son consideradas en los casos de niños, niñas y adolescentes que: (i) acuden a control médico para identificación de signos de alarma de alteraciones del desarrollo; (ii) con signos de alarma de alteraciones del desarrollo identificados; (iii) con confirmación de alteraciones de desarrollo y con sospecha de trastorno del espectro autista y (iv) con confirmación del trastorno del espectro autista para tratamiento integral enmarcado en la opción terapéutica ABA. Sin embargo, consideró no ser competente para manifestarse respecto a la eficiencia y efectividad de las mismas en el tratamiento del autismo.

Por último, respecto a la afiliación del niño al Sistema de Seguridad en Salud informó que, de acuerdo con lo registrado en la plataforma BDEX el 25 de abril de 2018, el niño agenciado se encuentra “cargado por el Magisterio con estado Activo desde el 18 de noviembre 2015”[60].

21. La Defensoría de Pueblo Regional Casanare[61] informó que el menor de edad se encontraba afiliado al sistema de salud con estado activo como beneficiario de su progenitora. Además, afirmó que contaba con “matrícula abierta en la institución educativa Jorge Eliecer Gaitán a fin de que asista una vez cuente con el cuidador o acompañante sombra conforme a las razones expuestas en el oficio de fecha 06 de abril de 2018 suscrito por el rector de la institución y la docente de apoyo pedagógico”[62].

22. La Universidad Distrital Francisco José de Caldas[63] afirmó que el Decreto 1421 de 2017 se refiere al “acompañante pedagógico” y no al “cuidador sombra”, por lo tanto, no tienen conocimiento de la existencia de dicha figura en la legislación colombiana[64]. Aclaró que, de acuerdo con la Ley Estatutaria 1618 de 2013, los Trastornos del Espectro Autista (TEA) “se encontrarían amparados bajo los criterios de la denominada discapacidad

psicosocial y no desde la discapacidad cognitiva”[65], por lo que se consideran un asunto de competencia del sector salud, aunque se haga en coordinación con la entidad educativa y la entidad territorial, quienes deberán “velar por la calidad, permanencia y eficacia del servicio”[66].

De otra parte, para la Universidad Distrital, la “figura que debería existir en los ambientes escolares es la de acompañante terapéutico”[67] el cual, de acuerdo con la Asociación Argentina de Psiquiatras, puede entenderse como “un agente de salud capacitado para sostener, cuidar, aliviar y compartir: las ansiedades, angustias y desequilibrios de enfermos con perturbaciones emocionales que han entrado en crisis al no poder generar respuestas adaptativas, ante situaciones externas e internas que se presentan en la vida del sujeto”[68]. Este sujeto brinda una serie de servicios especializados en el campo psicológico, social, mental y siempre persigue fines terapéuticos determinados con el equipo de médicos, psicólogos, psiquiatras que atienden al estudiante. Su objetivo es que el estudiante pueda realizar por su propia cuenta las actividades asignadas.

En relación con las terapias ABA, indicó que se ocupan “de la mejoría del comportamiento autista. El inconveniente es que centra su accionar en los sistemas observables y no en las causas que subyacen a los comportamientos. ABA, emplea técnicas conductuales para propiciar cambios en los comportamientos que caracterizan a las personas autistas, (...) Centra su accionar desde el modelo conductista, en tanto que cada vez que el autista responde como se espera es premiado con algún tipo de recompensa, por esto el principio más importante de la terapia del comportamiento ABA es el refuerzo positivo”[69].

Por último, consideró que la terapia debe cumplir tres condiciones básicas para determinar su eficiencia: (i) iniciar a edades tempranas (entre los 2 y 3 años de edad); (ii) involucrar a la familia de forma activa, para desarrollar más entornos naturales que condiciones controladas; y (iii) ser diseñada de forma individual y adecuada para las necesidades de cada niño, es decir, después de una evaluación detallada de las habilidades y preferencias de cada uno, pues tanto su diseño como el progreso de cada paciente varía de persona en persona, según la edad, la intensidad de la terapia, el nivel de funcionamiento, los objetivos familiares y otros factores[70].

23. El Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[71] señaló que con la

expedición de la Convención de Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad cambió el paradigma respecto al derecho a la educación[72]. Así, indicó que la Convención[73] determinó que “el derecho fundamental a la educación es el derecho a una educación inclusiva y no admite modalidades segregadas o integradas.”[74] Por ello, es importante “diferenciar entre la exclusión, la segregación, la integración y la inclusión”[75].

El Laboratorio solicitó a la Corte que entienda que, en materia de educación de las personas en situación de discapacidad, “la educación especial nunca es una opción constitucionalmente válida (...) Solo la educación inclusiva garantiza de manera integral este derecho”[76].

La Fundación Saldarriaga Concha[77] indicó respecto a la figura de acompañante sombra, que: (i) consiste en aquella persona que acompaña permanentemente a un niño con trastorno de autismo, cuyo objetivo es proporcionar apoyo extraescolar dentro y fuera del aula de manera que se facilite su adaptación al ambiente escolar por medio de actividades con un enfoque terapéutico; (ii) se diferencia del profesional de apoyo pedagógico, en que su acompañamiento es específico -pues solo interactúa con el estudiante que acompaña - y sus funciones se desarrollan tanto en las actividades curriculares como extracurriculares; mientras que el segundo, tiene como función acompañar al docente de aula, no a un estudiante particular y genera capacidad instalada en la institución educativa, por lo que su interacción se limita al ámbito educativo; (iii) su asignación no le corresponde ni al sector salud ni al sector de educación. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el Decreto 1421 de 2017, a las entidades educativas corresponde realizar el Plan Individual para los Ajustes Razonables (PIAR) “para caracterizar pedagógicamente al estudiante y así saber qué tipo de apoyos requiere para su participación y aprendizaje en un aula regular”[78]. Adicionalmente, aclaró que, de acuerdo con lo planteado en la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “bajo ninguna circunstancia la oferta pública puede apoyar u ofertar una educación especializada o en un centro exclusivo para personas con discapacidad”[79].

24. La Universidad Nacional de Colombia[80] señaló que “ningún caso puede resolverse por la norma o la estandarización”[81], por el contrario, las acciones, adaptaciones, estrategias, apoyos o modificaciones necesarias y adecuadas del sistema educativo deben

estar basadas en las necesidades específicas de cada estudiante[82].

Dadas las funciones específicas de cada uno, manifestó que: “no se puede afirmar categóricamente cuál es el sector al que le corresponde determinar la necesidad y la asignación de una persona u otra como acompañante sombra”[85]. En especial, cuando el protocolo del Ministerio de Salud ha señalado la falta de pertinencia de esta figura “porque no fomenta ni autonomía ni independencia. La figura de apoyo sombra no es recomendada por que se dice que genera dependencia en el actuar y en la toma de decisiones (...)”[86].

Sin embargo, considera que cada sector en sus competencias debe garantizar la atención integral a la persona en situación de discapacidad y responder a sus necesidades[87].

Respecto a las Terapias ABA, indicó que consisten en el uso organizado de una serie de técnicas que buscan cambios positivos en el comportamiento del ser humano a través del estímulo de las conductas positivas y el desaliento de las negativas[88]. Así mismo, afirmó que la aplicación de esta terapia solo la puede determinar un equipo interdisciplinario, que establezca los tratamientos que requiere el niño, estructure el plan de intervención pertinente para su atención integral y el enfoque terapéutico a utilizar[89]. Preciso que el Protocolo del Ministerio de Salud, “sugiere como parte del tratamiento integral para personas con diagnóstico confirmado de trastorno del espectro autista se realicen intervenciones enmarcadas en el enfoque de análisis conductual aplicado, entendiendo que ABA (...) es enfoque terapéutico”. Sin embargo, concluyó que para hablar sobre la eficiencia y efectividad de las terapias ABA, se requiere un mayor trabajo de investigación[90].

25. Por su parte, la Gobernación del Casanare solicitó la nulidad de todo lo actuado en primera y segunda instancia del presente trámite de tutela, por la indebida notificación del auto admisorio de la demanda proferido el 28 de julio de 2017 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal[91].

Declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda

26. La Sala Sexta de Revisión, por medio del Auto 298 de 2018[92], accedió a la solicitud de la Gobernación de Casanare y declaró la nulidad de todas las actuaciones surtidas en el proceso de tutela de la referencia, a partir del auto admisorio del 28 de julio de 2017, proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal. Al margen de lo anterior, determinó que las pruebas allegadas en el curso del proceso de

tutela se mantendrían y no perderían su valor probatorio y que una vez surtidas las instancias correspondientes el expediente debería regresar al despacho de la Magistrada Sustanciadora.

Actuaciones procesales en sede de tutela posteriores a la declaratoria de nulidad de lo todo lo actuado proferido por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional

27. En cumplimiento de la orden dada por este Tribunal, el 22 de junio de 2018, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal, admitió nuevamente la acción de tutela[93] y corrió traslado a la Alcaldía Municipal de Yopal, a las Secretarías de Educación y Salud Municipal y a Colombiana de Salud hoy Unión Temporal Mediales UT ESP y vinculó a la Gobernación del Casanare, a las Secretarías de Educación y Salud Departamentales para que hicieran uso de su derecho fundamental de defensa.

Contestación del Municipio de Yopal

28. El apoderado especial para la defensa judicial del Municipio de Yopal[94] reiteró que no es de su competencia la prestación del servicio de tutor sombra, por cuanto obedece a un criterio de salud terapéutico y no tiene un carácter académico, aunque sea cierto que éste debe acompañar al agenciado durante toda la jornada escolar. De otro lado, resaltó que los recursos del sistema educativo tienen destinación específica dentro de la cual no está contemplado este tipo de servicios. Por lo anterior, solicitó su desvinculación por falta de legitimidad en la causa por pasiva.

Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo Regional Casanare

29. La agente oficiosa adjuntó al proceso la valoración realizada el 4 de julio de 2018[95], con sustento en la cual alegó “deja(r) claro la necesidad y urgencia de que se brinde la terapia ABA y la escolarización del agenciado”.

Contestación de la Gobernación de Casanare

30. La Gobernación del Casanare[96] precisó, en primer lugar, la falta de legitimación en la causa por pasiva, tanto de la Gobernación como de las Secretarías de Educación y Salud departamentales, ya que al estar el Municipio de Yopal certificado en materia de educación desde el año 2010, ese es el responsable de la prestación adecuada del servicio educativo en

toda su jurisdicción territorial. En segundo lugar, afirmó que el servicio de salud que requiere el menor de edad es responsabilidad de la EPS a la cual se encuentra afiliado[97].

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia[98]

Por medio de fallo del 9 de julio de 2018, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal tuteló los derechos a la educación inclusiva, a la igualdad y a la dignidad humana del tutelante y, en consecuencia, ordenó a la EPS adoptar “las medidas necesarias para que un equipo interdisciplinario de médicos especialistas y con la participación el centro educativo al cual está inscrito el menor, sea valorado para que se determine la pertinencia e idoneidad del servicio de acompañamiento terapéutico en el aula mediante un docente sombra, o establezcan los mecanismos de apoyo terapéutico más adecuados para el niño en el proceso de inclusión escolar”. Igualmente, ordenó al Instituto Educativo y al municipio realizar la construcción del Plan Individual de Ajustes Especializados para el niño[99].

Al respecto, consideró que “se está frente a una doble situación de sujeto de especial protección, pues no solo se tiene la condición de persona con discapacidad que cuenta con garantías y genera obligaciones excepcionales al Estado (...) sino que además, debe ser protegido de forma integral en desarrollo del principio del interés superior del niño”. A su vez, en su criterio, la actitud de la Institución Educativa y el Municipio fue la de “desentenderse de la situación del menor y dejar en manos de la EPS a la que se encuentra afiliado, sus cuidados terapéuticos, lo cual riñe con los postulados antes enunciados”[100]. Por lo anterior, determinó la necesidad de mantener la protección de los derechos del niño.

Impugnación[101]

La Defensora del Pueblo impugnó el fallo del A-quo el 17 de julio de 2018, por considerar que, si bien la decisión declaró la vulneración de los derechos fundamentales del menor de edad, la orden impartida perpetuaba la vulneración de los mismos, pues en el expediente obra memorial firmado por el neuropediatra en la que se determinó la necesidad que tiene

el paciente de recibir las terapias ABA, “por lo tanto la valoración ya está superada”.

De otro lado, consideró que no podían existir más dilaciones respecto de la desescolarización del niño, pues “esta situación ha afectado notablemente la situación del menor, como lo deja ver la valoración presentada al despacho el 5 de julio de 2018”. En consecuencia, solicitó que se tomara en cuenta la valoración que reposa en el expediente y, en consecuencia, se ordenara a la EPS la autorización de las terapias ABA y la escolarización del agenciado.

Adicionalmente, el 6 de septiembre de 2018, la agente oficiosa allegó valoraciones médicas[102] practicadas al agenciado durante los meses de agosto y septiembre de dicho año, por medio de las cuales presentaba sus necesidades actuales de salud y educación.

Sentencia de segunda instancia[103]

El 12 de septiembre de 2018 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal confirmó parcialmente el fallo del A-quo y ordenó a la EPS MEDISALUD gestionar todo lo relacionado con las terapias ABA, como se encontraba plasmado en las órdenes médicas dadas.

El juzgador estableció que, en el caso bajo estudio se presentan dos solicitudes, a saber: (i) “que se ordene al Municipio de Yopal para que vincule el personal de apoyo al estudiante (...) en el instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán”; (ii) “ordenar a la EPS Colombiana de Salud asumir lo necesario el (sic) pro de manejo terapéutico integral con el fin de garantizar el acompañamiento que el menor necesita”.

Sin embargo, dentro de sus consideraciones se limitó a revisar lo concerniente a la impugnación presentada por la agente oficiosa, en relación con la valoración médica del niño y, determinó que las terapias fueron prescritas por los médicos inscritos a la EPS a la cual se encuentra afiliado el menor y se solicitan de manera urgente. Por lo anterior, consideró procedente ordenar a la EPS la autorización de las terapias ABA para el agenciado.

II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante Auto del 15 de noviembre de 2018[104], la Magistrada Sustanciadora ordenó oficiar a la accionante, como agente oficiosa del menor de edad, a las Secretarías de Educación y Salud de Yopal y Casanare y al EPS Medisalud UT para que informaran sobre la situación de salud del niño, sus necesidades en materia educativa y las medidas adoptadas por las accionadas como consecuencia de las órdenes dadas por los jueces constitucionales de instancia.

Respuesta de la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán[105]

La Institución educativa manifestó que el menor de edad asistía regularmente a sus actividades del segundo grado de primaria de acuerdo con los ajustes razonables diseñados en razón de su diagnóstico. Afirmó que se actualizó el PIAR el 14 de marzo de 2018 y que “ha resultado pertinente y eficaz ya que se ha evidenciado la participación inclusiva del menor y una satisfacción en la escolarización del mismo”[106].

Indicó que como parte de los ajustes razonables que ha adoptado se encontraban, entre otros: (i) la modificación de la jornada; (ii) el suministro de guías pedagógicas adaptadas para el aprendizaje; (iii) la solicitud de acompañante permanente en el aula; y la (iv) ubicación del estudiante y su acompañante en un lugar estratégico que favorezca su aprendizaje[107].

Finalmente, agregó que respecto de la oferta de servicios terapéuticos alternativos “la institución educativa por competencia funcional no realiza procesos de rehabilitación o terapéuticos, sino procesos educativos, pedagógicos y de enseñanza de un currículo, de manera que la alternativa para los menores de edad con diagnóstico de discapacidad son las entidades de salud (...)”[108].

Respuesta de la Secretaría de Educación de Yopal[109]

La Secretaría de Educación manifestó que el menor de edad agenciado cursaba el segundo grado “en el horario de lunes a viernes de 10:00 am a 12:00 am en la jornada de la mañana, en el cual se le realiza la vinculación a su respectivo salón de clase donde realiza actividades de socialización con pares, grafomotricidad, seguimiento de órdenes sencillas tipo A.B.A. refuerzos y diseño de aprendizaje-enseñanza, se le realiza seguimiento y apoyo en aula por parte de una licenciada, profesional de apoyo en educación inclusiva contratada

por la Secretaría de Educación” [110].

Afirmó que el PIAR fue actualizado el 14 de marzo de 2018 a partir de la información suministrada por la madre y por la valoración pedagógica del niño. Señaló que “el estudiante ha mejorado en su socialización con sus compañeros, docentes y profesional de apoyo, se observa con mayor agrado en las actividades del aula, durante el tiempo que se encuentra medicado el estudiante responde a las actividades asignadas por parte de los docentes sin ningún inconveniente, ni alteraciones, ni movimientos estereotipados, en algunas ocasiones no está medicado y su rutina de estudio se ve interrumpida, por las diferentes alteraciones e irritaciones que presenta el estudiante”[111].

Finalmente, reiteró lo dicho por la Institución Educativa respecto de los ajustes razonables implementados e indicó las actividades realizadas por los profesionales de apoyo contratados en pro de mejorar el aprendizaje de los estudiantes en situación de discapacidad.

Respuesta de la Defensoría del Pueblo Regional Casanare[112]

La Defensora del Pueblo manifestó que el menor de edad cursó el grado segundo con la ayuda de un acompañante sombra costado por la madre del agenciado, pues a la fecha la Secretaría de Educación se ha negado a financiar dicha prestación. El resultado del acompañamiento ha sido eficaz ya que el niño fue promovido al grado tercero, “sin embargo en la Institución educativa han indicado que si el próximo año no va con el acompañante sombra no lo pueden recibir”[113].

Agregó que la situación descrita afectaría al niño puesto que la madre del menor de edad es cabeza de familia y sus tres hijos dependen de ella. Además, no cuenta con ingresos adicionales, ya que su esposo y padre del menor agenciado falleció en 2018 y el costo del sostenimiento del acompañante sombra es de \$1.500.000 mensualmente.

Indicó que no conoce el contenido del PIAR y que la docente del curso “no está incluyendo al menor en las actividades que realiza con los demás niños del grado, sino que es el acompañante sombra quien realiza las actividades de una cartilla que fue recomendada por una profesional de apoyo de la Institución” [114]. Por lo tanto, si bien el niño había logrado un avance en su proceso cognitivo, a criterio de la Defensora dicho proceso no era inclusivo.

Añadió que la Institución Educativa no contaba con profesionales de apoyo de manera continua, ni con el acompañante sombra solicitado. También, afirmó que, de acuerdo con lo relatado por la madre del agenciado, luego de la muerte de su padre la condición presentada por el menor no ha podido ser debidamente tratada, pues el medicamento suministrado no está funcionando[115]. Por otro lado, las terapias ABA ordenadas no han sido autorizadas por la EPS accionada. En razón de lo anterior, la agente oficiosa promovió incidente de desacato ante el juez de instancia a efectos de dar cumplimiento al fallo de tutela de segunda instancia.

Vencido el término concedido para el cumplimiento de lo ordenado por la Corte, no se recibió respuesta alguna de la EPS accionada.

En atención a las circunstancias ya descritas la Magistrada Sustanciadora, profirió Auto de 06 de diciembre de 2018[116], en el que ordenó a la EPS Medisalud UT y a la institución educativa la adopción de las medidas necesarias para que un equipo interdisciplinario compuesto por los médicos tratantes y docentes del niño valoraran y determinaran de forma integral sus necesidades desde la perspectiva de su salud y su escolaridad, con la participación del niño y su madre.

Respuesta de la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán[117]

El rector de la institución educativa manifestó que el niño cursó el segundo grado vinculado al programa de inclusión educativa y finalizó los objetivos planteados en el PIAR. A continuación, enumeró los objetivos generales de las áreas de matemáticas, lenguaje y ciencias. Agregó que los avances en el proceso educativo se evidenciaron durante los últimos tres meses del año, en los que se contó con el apoyo de un “acompañante provisional” designado de común acuerdo con la familia.

Indicó que el único recurso pedagógico disponible con el que cuentan para brindar educación inclusiva son unas cartillas didácticas elaboradas por el municipio y señaló que la docente de apoyo que brinda el mismo no está vinculada de manera estable en la institución. Afirmó que el estudiante tiene dificultades para concentrarse, se altera por el ruido, tiene inconvenientes para relacionarse con sus compañeros y para seguir

instrucciones generales, por lo que determinó que el apoyo de un acompañante sombra es necesario en el aula de clase.

Subrayó que se ajustó la jornada escolar del menor de edad a dos horas diarias y adicionalmente se determinaron una serie de actividades de refuerzo fuera del aula. A partir de la evaluación del progreso en 2018, evidenció que posee una alta dependencia funcional en el desarrollo de las actividades académicas y de la vida diaria, por lo que señaló que resulta importante para el aprendizaje del estudiante garantizar su apoyo escolar con un terapeuta ABA y/o acompañante sombra.

Vencido el término concedido para el cumplimiento de lo ordenado por la Corte, no se recibió respuesta alguna de la EPS accionada o de la familia del menor de edad a través de la Defensoría del Pueblo.

De acuerdo a lo anterior y debido a que la Sala de Revisión consideró que la respuesta otorgada por la institución educativa accionada no respondió de manera suficiente a los interrogantes elevados por la Corte Constitucional, fue proferido Auto del 28 de enero de 2019[118]. La Sala de Revisión decretó la práctica de inspección judicial a las instalaciones del Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán, la práctica de testimonios y la rendición del informe en los términos del Auto del 6 de diciembre de 2018. Finalmente, suspendió los términos del proceso por 20 días hábiles.

Inspección Judicial en el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán y toma de declaraciones en la Defensoría del Pueblo Regional Casanare

Mediante Auto del 28 de enero de 2019, la Sala decretó la práctica de una diligencia de inspección judicial en el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán en el Municipio de Yopal. A las entidades accionadas y a las entidades intervinientes se les comunicó de la diligencia para que, si lo consideraban pertinente, asistieran. La mencionada diligencia se realizó el día 13 de febrero de 2019 y contempló las siguientes actividades: (i) la inspección judicial de la institución educativa Jorge Eliecer Gaitán; y (ii) la toma de declaraciones de las partes e intervinientes en el proceso en las instalaciones de la Defensoría del Pueblo Regional Casanare.

Inspección Judicial en el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán

La inspección judicial inició en el despacho del rector del colegio y prosiguió en el aula en la que el niño recibe sus clases. La diligencia contó con la presencia de los representantes y delegados de: la Institución Educativa, MEDISALUD EPS, las Secretarías de Educación y Salud del Departamento de Casanare y del Municipio de Yopal, la Defensoría del Pueblo y la madre del menor de edad agenciado[119].

El rector del colegio, Ángel Combariza Alvarado, indicó que la Institución Educativa se encuentra preparada[120] para brindar educación de calidad a niños en situación de discapacidad. No obstante, las condiciones particulares de este caso hicieron necesario que se solicitara a la madre un acompañante para el niño en el aula. En este sentido, anotó que la situación del menor de edad representa un riesgo para su bienestar y el de sus compañeros, pues presenta episodios de agresividad[121].

Afirmó que el proceso de inclusión del menor de edad agenciado ha sido exitoso debido a la presencia del “acompañante sombra” que ha costeado la madre. Estableció que dicho acompañante debía atender a un carácter terapéutico, en la medida que las necesidades pedagógicas del niño se encuentran cubiertas por el docente y los profesionales de apoyo de la institución educativa[122].

La docente del colegio, Carolina Pérez Rodríguez, indicó que se ha solicitado el acompañamiento sombra para el estudiante debido a las dificultades de aprendizaje que presenta y “a la dependencia que tiene respecto de sus actividades cotidianas, es decir, para ir al baño, para vestirse, para alimentarse”. Afirmó que el acompañante que actualmente tiene el menor de edad ha favorecido su proceso de inclusión al aula, en tanto le ha asistido en actividades de vestido, higiene y alimentación y lo ha guiado en su proceso educativo de manera individualizada[123].

Isabel Gallego Rubio, en representación de la Secretaría de Educación del Departamento de Casanare, precisó que el sector educativo se rige por el Decreto 1421 de 2017. Dicha norma contempla la figura del docente de apoyo, que no se encarga de la atención de los niños en situación de discapacidad, sino que realiza una serie de labores formativas respecto de los docentes de aula, para que sean estos quienes asuman los procesos pedagógicos de esos menores de edad. Indicó que existen algunos casos en el departamento en los que se requiere de un acompañamiento permanente por causa de su

discapacidad, pero en todo caso dicho acompañamiento no lo presta el Sector Educación.

Laura Beltrán Molano, en representación de la Defensoría del Pueblo manifestó que la Institución Educativa no cuenta con el personal idóneo para garantizar el proceso de inclusión educativa al menor de edad, en tanto desde el año 2016[124] los médicos tratantes han dictaminado la necesidad de un acompañante sombra en el ambiente escolar. Afirmó que el acompañante sombra requerido debe conocer el Trastorno del Espectro Autista con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje del niño agenciado dentro del aula, pues sus funciones no se limitan al mero cuidado y al apoyo terapéutico.

Indicó que, si bien se ha manifestado que el acompañante sombra no es compatible con las terapias ABA, pues estas buscan que el niño sea independiente, mientras el niño inicia su proceso de adaptación dentro del aula se requiere del mencionado acompañante, para que progresivamente le permita al niño adquirir las destrezas para que realice sus actividades de manera autónoma.

María Teresa Prieto, en representación de la Secretaría de Educación del Municipio de Yopal, adujo que de conformidad con la Ley de Infancia y Adolescencia la entidad tiene una corresponsabilidad en el cuidado de los menores de edad con necesidades especiales, junto con la madre de familia y con la EPS. Afirmó que pretender que el Sector Educación cubra el acompañamiento petitionado tendría como consecuencia que se descuiden los demás estudiantes de la institución educativa. Por lo tanto, solicitan que la EPS accionada y la madre de familia suministren las terapias requeridas y el personal de acompañamiento necesario.

Marta Monroy, madre del menor de edad agenciado afirmó que su hijo fue desescolarizado ante la necesidad del acompañante sombra. Indicó que no cuenta con los recursos económicos necesarios[125] para sostener el acompañante sombra que actualmente paga para el menor de edad, debido a que su esposo falleció el 22 de junio del año 2018[126] y sostiene a sus otros dos hijos de 12 y 2 años de edad respectivamente. Agregó que la EPS no ha cumplido con la entrega de los medicamentos ordenados ni con la asignación de las citas médicas. Respecto de las terapias que ha autorizado la EPS desde noviembre, indicó que no son las terapias ABA que ordenó el neuropediatra, son terapia física, ocupacional y

de lenguaje[127].

Posteriormente la diligencia continuó en la sede de primaria del plantel educativo en donde se observó el salón en el que el niño toma sus clases de manera ordinaria junto con su acompañante sombra. En dicha locación se entrevistó al “cuidador sombra” que actualmente sostiene la madre del menor de edad agenciado. El cuidador indicó que es licenciado en educación básica y que desde hace 6 meses apoya todas las labores académicas del niño, le suministra medicamentos, soporta sus necesidades fisiológicas y desarrolla distintas actividades pedagógicas individualizadas. Adicionalmente, informó que acompaña al menor de edad agenciado diariamente fuera del colegio en las terapias físicas de 8:00 a 10:00 AM; en la terapia ocupacional de 2:00 a 4:00 PM y en la hidroterapia de 4:00 a 6:00 PM[128].

Toma de declaraciones en la Defensoría del Pueblo Regional Casanare

La diligencia judicial continuó en las instalaciones de la Defensoría del Pueblo Regional Casanare. Allí se tomaron los testimonios que se señalan a continuación y de conformidad con el Auto del 28 de enero de 2019 se recibió de manera oficial el informe interdisciplinario elaborado por las entidades accionadas[129] de acuerdo al Auto del 6 de diciembre de 2018.

EPS MEDISALUD UT

Andrea Carolina Nocua Cantillo[130], delegada del representante legal de la EPS, hizo un breve recuento de la historia clínica del niño agenciado y manifestó que ha prestado los servicios de salud respecto de este caso desde el 1 de marzo de 2018 en virtud de la adjudicación contractual que le hizo la FIDUPREVISORA desde dicha fecha. Afirmó que los medicamentos del menor de edad son de control y de difícil consecución, por lo que se suspendió su entrega por un tiempo[131].

Respecto del acompañante sombra, esgrimió que no existe un dictamen por parte de alguna especialidad médica tratante que lo ordene, pues fue dictaminado por la psicóloga. Afirmó que la sombra requerida tiene el propósito de acompañar las actividades cotidianas del niño más no tiene un propósito clínico, por lo que no correspondería garantizarlo a la EPS. Agregó que científicamente no se recomienda la presencia del acompañante sombra

en la medida que genera dependencia en el niño[132].

A continuación, Oscar Fernando Vargas, coordinador departamental de la EPS, indicó que se hicieron todos los esfuerzos para realizar la valoración interdisciplinaria que ordenó la Corte a pesar de no contar con todos los especialistas en el departamento[133]. Respecto del cumplimiento de los fallos de instancia en lo referente a las terapias ABA, indicó que en el ámbito local ninguna de las instituciones de la red de servicios está capacitada de conformidad a los parámetros del Protocolo del Ministerio de Salud para brindar dichos servicios. No obstante, señaló que todos los fisioterapeutas reciben una formación básica en la materia y pueden brindar terapias con “enfoque ABA” tal y como se ha hecho hasta el momento por parte de la EPS[134].

Por último, afirmó que el acompañante sombra responde a una naturaleza netamente pedagógica, por lo que es posible articular las actividades de salud y educación para que el paciente salga adelante. Propuso que se mantenga la articulación para que se presten los servicios médicos de manera coordinada con las autoridades educativas de conformidad con las instrucciones clínicas dadas por los especialistas.

Carolina Pineda, psicóloga de la EPS, afirmó que existe un plan de acompañamiento terapéutico con la madre. Determinó que el niño tiene una serie de dificultades de lenguaje y relacionamiento. Señaló que es indispensable la presencia del cuidador primario (madre); ordenó el tratamiento por terapia ocupacional y del lenguaje. Respecto del ámbito pedagógico afirmó que se requiere un plan individualizado en el que los docentes y la madre hagan las adaptaciones curriculares para la inclusión del menor de edad. Indicó que se requiere un acompañante sombra con características de pedagogo especializado en discapacidad.

Señaló que el equipo interdisciplinario (terapia ocupacional, terapia física, fonoaudiología y psicología) puede brindar las terapias con “enfoque ABA”, tal y como se ha hecho. En cuanto al acompañante sombra afirmó que tiene un enfoque pedagógico por lo que debe ser cubierto por la Secretaría de Educación municipal.

Andrea Cristancho, terapeuta ocupacional de la EPS, indicó que desde noviembre de 2018 ha tratado al niño con acompañamiento domiciliario de lunes a viernes entre las 2 y 4 pm. Afirmó que el paciente es dependiente por lo que debe tener un acompañamiento

psicopedagógico en el aula de clase. Reiteró que al igual que los otros profesionales de la salud no está certificada en ABA por las limitaciones de capacitación local, sin embargo, puede implementar el “enfoque ABA”[135].

Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán

El rector del colegio sostuvo que la finalidad del proceso de inclusión educativa se centra en: (i) la adaptación del niño a la sociedad; y (ii) la socialización de experiencias del niño con sus congéneres. Indicó que mientras los componentes del sistema de salud no funcionen respecto del menor de edad es imposible asegurar su derecho a la educación, por lo tanto, se requiere que el acompañante sombra controle las dificultades propias de la situación de salud del niño en el aula de clase[136]. En ese sentido, el niño agenciado no pierde su calidad de paciente cuando está en el aula de clase[137].

Defensoría del Pueblo

Laura Nelly Beltrán Molano, defensora delegada para este caso por la agente oficiosa, indicó que no se ha dado cumplimiento a las órdenes que ha proferido la Corte Constitucional, pues para ese momento no se contaba con el dictamen interdisciplinario solicitado. Aseguró que el Decreto 1421 de 2017 debe ser leído a partir del enfoque de derechos y la intención del Legislador plasmada en la Ley 1618 de 2013.

Respecto del “cuidador sombra” indicó que debe ser proporcionado por la Secretaría de Educación dado su carácter pedagógico. Llamó la atención a la EPS accionada para que preste de manera efectiva el servicio de salud del niño. Solicitó a la Corte que ordené hacer la valoración interdisciplinaria referida en un término definido. Finalmente, solicitó que se traslade a la madre del menor dentro del municipio con el fin de que pueda acompañar más tiempo a su hijo en condición de discapacidad.

Secretaría de Salud de Yopal

Diana Ruefli, funcionaria de la Secretaría de Salud municipal aseguró que no ejerce inspección, vigilancia y control a las EPS que pertenecen a un régimen especial como el caso de la accionada.

Secretaría de Salud de Casanare

Francia Tafur Bermeo, en representación de la Secretaría de Salud departamental se abstuvo de emitir concepto respecto del “acompañante sombra”. En cuanto a las terapias ABA, indicó que se refieren a un conjunto de procedimientos que no se habilitan por el sistema de salud por cuanto no gozan de la evidencia científica requerida[138]. Hizo un llamado de atención a la EPS para que preste los medicamentos ordenados de manera oportuna[139]. Agregó que la accionada pertenece a un régimen especial por lo que no tiene competencia para ejercer inspección, vigilancia y control sobre ella.

Secretaria de Educación de Yopal

Myriam Alvarado, como representante de la Secretaría de Educación de Yopal, informó que, si bien es cierto que el niño requiere de un acompañante, aquel no puede ser un pedagogo, por cuanto ya se tiene al docente de apoyo y al docente de aula. Agregó que el modelo educativo debe incluir al niño con TEA al aula y debe brindar las herramientas a los docentes para poder manejar dicho proceso de inclusión[140].

Secretaría de Educación de Casanare

Isabel Gallego Rubio, en representación de la Secretaria de Educación departamental, indicó que no tiene competencia jurídica y administrativa sobre el municipio de Yopal en tanto ambas entidades territoriales se encuentran certificadas en materia educativa. Afirmó que la educación inclusiva implica que los estudiantes en condición de discapacidad sean unidos al grupo desde una perspectiva diferencial. En consecuencia, indicó que no resulta pertinente la asignación de un acompañante sombra, sino que, por el contrario, de conformidad con las observaciones médicas se debe realizar el PIAR con las adaptaciones pedagógicas pertinentes[141].

Finalmente, las partes accionadas entregaron la valoración interdisciplinaria ordenada por medio de Autos del 06 de diciembre de 2018 y del 28 de enero de 2019. Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo allegó documentos que había aportado con anterioridad al expediente tales como las órdenes médicas de tratamiento con “terapias ABA” y “Risperidona 1MG Suspensión Oral”[142].

Con el fin de soportar lo afirmado en la audiencia, el 15 de febrero de 2019 la Defensoría del Pueblo regional Casanare envió un comprobante de pago en el que certificó que la

madre del niño agenciado tiene un ingreso mensual neto de 1.576.829 pesos. De igual manera, Medisalud UT envió el 16 de febrero de 2019 comprobantes de la entrega del medicamento Risperidona para 210 días de tratamiento y de asignación de cita médica por las especialidades de neurología pediátrica y psiquiatría pediátrica[143].

La Sala de Revisión consideró que a partir de la diligencia mencionada en la cual se verificaron dos criterios encontrados acerca de la naturaleza del apoyo requerido por el niño surgían nuevos y, en consecuencia, sobre las medidas idóneas que se debían adoptar para alcanzar su inclusión completa en el ambiente educativo. Por lo anterior, por medio de Auto del 21 de febrero de 2019 se solicitó a la Liga Colombiana de Autismo -LICA- un dictamen técnico-científico que indicara de manera clara, precisa, exhaustiva y detallada las necesidades del menor de edad y las medidas idóneas para su tratamiento[144].

Adicionalmente, el referido Auto: (i) vinculó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- y a la FIDUPREVISORA S.A., al considerar que el resultado de la presente acción podía tener consecuencias respecto de dichas entidades; y (ii) prorrogó la suspensión de los términos decretada por medio de Auto del 28 de enero de 2019 hasta por 30 días hábiles más, mientras se recibían las pruebas solicitadas.

Respuesta de la Fiduprevisora

Por medio de su coordinadora de tutelas[145], la Fiduprevisora que actúa como administradora y vocera del FOMAG afirmó que es Medisalud UT la encargada de autorizar y garantizar el tratamiento requerido por el accionante. Por lo tanto, solicitó ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva[146].

Concepto de la Liga Colombiana de Autismo -LICA-

Por medio de su directora[147], la LICA indicó la diferencia entre la “sombra” y el “asistente personal” de conformidad con los parámetros terapéuticos dados para el manejo del TEA por el “Protocolo Clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con el espectro autista”. Así, manifestó que de acuerdo con las necesidades del niño agenciado se requiere contar con un asistente personal, “el cual le apoye dentro del contexto escolar principalmente en las áreas de autocuidado, comunicación, conducta y regulación emocional. Este apoyo debe articularse con los

ofrecidos por el entorno escolar, como por ejemplo el docente de apoyo pedagógico y docente de aula, para facilitar la participación y aprendizaje del estudiante” [148].

La LICA también señaló la importancia de que el asistente personal no asuma las responsabilidades de los docentes o la familia, sino que trabajen de manera articulada a partir del PIAR. Especificó que la naturaleza del asistente personal es principalmente terapéutica y que su formación académica debe responder al área de la salud con experiencia en TEA.

Respuesta de la EPS Medisalud UT

Luego de que el concepto de la LICA referenciado se pusiera en conocimiento de las partes, la EPS envió escrito[149] en el que indicó que la figura de “asistente personal” no ha sido definida por el “Protocolo Clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con el espectro autista”. Agregó que, de conformidad con el mencionado protocolo, procede la implementación de un tratamiento terapéutico con “enfoque ABA” tal y como la EPS lo ha realizado.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y planteamiento del problema jurídico

2. La Defensora del Pueblo Regional Casanare, como agente oficiosa, interpuso acción de tutela para exigir la protección del derecho a la educación inclusiva de un menor de edad diagnosticado con Trastorno del Espectro Autista (en adelante TEA) y la garantía de su manejo terapéutico integral por parte de la EPS Colombiana de Salud. En consecuencia, solicitó ordenar: (i) al Municipio de Yopal la asignación de una “sombra” que acompañe al

niño agenciado en su jornada escolar; y (ii) a la EPS accionada la prestación integral y eficiente de los servicios de salud que requiera.

Por medio de fallo del 9 de julio de 2018, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal tuteló los derechos a la educación inclusiva, a la igualdad y a la dignidad humana del niño y, en consecuencia, ordenó a la EPS accionada adoptar las medidas necesarias para que un equipo interdisciplinario de médicos especialistas, con la participación del centro educativo, determinara los mecanismos de apoyo terapéutico más adecuados para la inclusión escolar del agenciado.

El 12 de septiembre de 2018 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal confirmó parcialmente el fallo del “a-quo” y ordenó a la EPS Medisalud prestar, de conformidad con las órdenes del médico tratante, terapias ABA a favor del agenciado.

3. De la situación fáctica planteada, de superarse la procedibilidad de la acción, la Sala deberá decidir los siguientes problemas jurídicos:

¿Las autoridades educativas y de salud vulneraron los derechos a la salud y a la educación inclusiva del niño agenciado, al no proporcionar el acompañamiento de un auxiliar terapéutico en la jornada escolar que lo apoye y guíe en el proceso de formación académica que adelanta en el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán?

¿La EPS Medisaud UT vulneró el derecho a la salud del menor de edad agenciado al no prestar terapias ABA y no brindar de manera diligente los medicamentos ordenados por los médicos tratantes?

Para resolver los anteriores problemas la Sala reiterará las reglas sobre: (i) el enfoque social de la discapacidad; (ii) el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad; (iii) el derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad, con un énfasis en las reglas jurisprudencialmente establecidas para la prestación de terapias ABA, para finalmente (iv) resolver el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa[150]

4. El artículo 86 de la Constitución Política establece la facultad que tiene toda persona para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados.

5. El artículo 282 de la Carta Política dispone que el Defensor del Pueblo podrá interponer acciones de tutela, “sin perjuicio del derecho que le asiste a los interesados”. A su vez, el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991 retoma el pronunciamiento de la Carta Política y agrega que el funcionario podrá presentar dicho mecanismo judicial “en nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión”.

En desarrollo de esas disposiciones, la jurisprudencia ha determinado que la legitimación por activa del Defensor del Pueblo procede cuando: “(i) actúe en representación de una persona que lo haya solicitado (autorización expresa); (ii) cuando la persona se encuentre desamparada o indefensa; y (iii) cuando se trate de situaciones de vulneración de los derechos fundamentales de menores o incapaces, incluso en contra de su voluntad o la de sus representantes legales”[153].

6. La sentencia T-682 de 2013[154], estudió las circunstancias en las cuales el Defensor del Pueblo estaba habilitado para interponer la acción de amparo y enfatizó la necesidad de respetar la voluntad de los titulares de los derechos. En ese orden de ideas, puntualizó que el funcionario no puede presentar la tutela sin su aprobación, ni apego de las estrictas causales que lo facultan, a menos que, como lo indica la norma, se configuren circunstancias de desamparo e indefensión.

De conformidad a los hechos antes compilados, la señora Diana Patricia Puentes Suárez quien actúa como Defensora del Pueblo Regional de Casanare interpuso acción de tutela en nombre del niño RASM. La señora Marta Monroy, madre del menor de edad agenciado, como su representante legal, ratificó a la Defensora del Pueblo como agente oficiosa, tal y como se constató en la diligencia judicial del 13 de febrero de 2019[155].

7. En consecuencia, la Sala concluye que se cumple con el presupuesto de legitimación por activa, pues: (i) el funcionario estaba facultado por la madre del menor de edad agenciado; (ii) identificó a la persona a favor de la cual actuaba; y (iii) explicó con claridad la forma en que la respuesta negativa de las accionadas supuestamente vulnera los derechos

fundamentales del niño agenciado.

Legitimación por pasiva

8. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso[156]. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, de acuerdo con los casos que la ley establezca para el efecto, entre otros eventos[157].

Particularmente, el inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad que esté encargada de la prestación del servicio público de salud.

9. En el asunto de la referencia, la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán y las Secretarías de Educación y Salud del Municipio de Yopal y del Departamento de Casanare son autoridades públicas, por lo que procede la acción de amparo en su contra.

La EPS que funge como demandada, Medisalud UT, es un particular que presta los servicios públicos de salud y de seguridad social para los afiliados docentes en el régimen de excepción del Sistema de Seguridad Social definido por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 196 de 1995, por lo que contra ella procede la acción de tutela.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– es una autoridad pública con naturaleza de cuenta especial de la Nación encargada de atender las prestaciones sociales de los docentes y de garantizar la prestación de los servicios de salud a los que tienen derecho, por lo que puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional[158].

Por su parte, la Fiduciaria “La Previsora” S.A. es una sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda que actúa como vocera y administradora del FOMAG en virtud de

un contrato de fiducia y contra la que procede la acción de tutela por cuanto se encarga de garantizar la prestación del servicio de salud a los docentes mediante la contratación de EPS en cada entidad territorial[159].

De acuerdo con lo anterior, se encuentra demostrada la legitimación por pasiva de las entidades y organizaciones accionadas.

Inmediatez

10. El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo[160], toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales[161].

11. Así mismo, este requisito de procedencia tiene por objeto respetar o mantener la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, respecto de los cuales se presume la legalidad de sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas. En ese sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado que el presupuesto de inmediatez: (i) tiene fundamento en la finalidad de la acción, la cual supone la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental; (ii) persigue la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros; e (iii) implica que la tutela se haya interpuesto dentro de un plazo razonable, el cual dependerá de las circunstancias particulares de cada caso[162].

12. Sin embargo, la imposición de un plazo perentorio para interponer la acción de tutela contravendría los principios consagrados en la Constitución de 1991, tales como: (i) la prevalencia de lo sustancial sobre las formas; (ii) el acceso a la administración de justicia; (iii) la primacía de los derechos de la persona; (iv) la autonomía e independencia judicial y; (v) la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales[163].

13. En el presente caso, la demanda de tutela fue presentada por la Defensora del Pueblo

el 27 de julio de 2017, es decir, 20 días después de que la Secretaría de Educación y Cultura Municipal informara que no era competente para asignar “un cuidador sombra” al niño. Por lo anterior, la Sala encuentra que se encuentra cumplido este requisito.

Subsidiariedad

14. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial dispone para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

15. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad[164]: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos[165].

16. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal,

y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que para la configuración de un perjuicio irremediable es necesario que concurren los siguientes elementos: “(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad”[166].

17. Ahora bien, en el presente caso la agente oficiosa enuncia la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la educación y a la salud de RASM, sujeto de especial protección constitucional, por ser menor de edad y estar en una situación de discapacidad de conformidad con su diagnóstico de TEA. En ese sentido, se requiere analizar si existen otros medios de defensa judicial para la protección de dichos derechos y determinar si la acción de tutela es procedente.

(i) Acción de tutela en materia educativa

18. En lo que atañe al derecho a la educación se debe considerar que la accionante no cuenta con otro mecanismo judicial a través del cual se obtenga la debida protección del mencionado derecho. Así, las Sentencias T-108 de 2001[167], T-675 de 2002[168], y T-546 de 2013[169], conocieron los casos de tres niños que pretendían ser matriculados en jornada de educación para adultos y esta Corporación determinó que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para amparar el derecho a la educación, debido a la falta de otros medios jurisdiccionales idóneos y eficaces de los que puedan hacer uso los interesados.

19. Más recientemente, la Sentencia T-434 de 2018[170] estudió el caso de un menor de edad que residía a más de una hora de distancia en moto del colegio en el que estaba matriculado y solicitaba un cupo de estudio en otra institución educativa. En dicho pronunciamiento se reiteró la inexistencia de mecanismos jurisdiccionales idóneos y eficaces a los que se pudiera acudir para solicitar la protección del derecho fundamental a

la educación y, en consecuencia, se declaró como procedente la acción de amparo constitucional.

(ii) Acción de tutela en materia de solicitud de servicios e insumos médicos

20. La Ley 1438 de 2011 en su artículo 126 otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca y resuelva controversias entre las EPS y sus afiliados respecto de la negativa a prestar servicios e insumos médicos. La referida norma modificó el trámite previsto originalmente en la Ley 1122 de 2007 y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debía desarrollarse mediante un procedimiento preferente y sumario[171], con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Además, dicha actuación debía garantizar cabalmente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción[172].

21. La jurisprudencia ha debatido ampliamente si los procesos jurisdiccionales adelantados ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios, en el marco de las relaciones entre las EPS y los afiliados, tienen un carácter prevalente respecto de la acción de tutela dadas las facultades jurisdiccionales en cabeza de la mencionada entidad.

22. Por una parte, la Corte ha proferido decisiones en las que ha afirmado que no podía entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud, especialmente en los casos en los que se invocaba la protección del acceso efectivo al servicio. Tales providencias indicaban que no era posible predicar indistintamente la prevalencia del recurso jurisdiccional existente ante la Superintendencia de Salud en conflictos de multifiliación y relacionados con la solicitud de pago de prestaciones económicas, así como en los que envolvían el acceso a actividades o procedimientos médicos[173].

23. Por otra parte, este Tribunal ha estimado[174] que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud tiene carácter principal en las controversias referidas a los asuntos que son competencia de dicha entidad, mientras que el juez de tutela reviste una competencia residual y subsidiaria[175].

En armonía con este entendimiento, ha precisado que, en algunos casos, el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales invocados. Por ende, ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando los peticionarios omitían agotar dicho trámite[176].

En otros casos, pese a reconocer el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional ante dicha autoridad administrativa, ha considerado que no es idóneo o eficaz para el caso concreto[177], por estimar que no puede utilizarse dicho medio judicial en eventos en los que se requiere la protección urgente de los derechos fundamentales invocados o que concurren circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del juez constitucional[178].

En este sentido, la Corte había dicho que al momento de analizar la eficacia e idoneidad del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, el juez constitucional debía considerar las siguientes reglas: (i) primero, el procedimiento ante la Superintendencia se debía considerar como principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011[179]; (ii) segundo, cuando la tutela se considerara como residual, el juez debía analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia con especial atención a las circunstancias particulares que concurrían en el caso concreto[180].

24. No obstante lo anterior, a criterio de esta Sala de Revisión, la determinación de la idoneidad y la eficacia del mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del sistema de salud a cargo de la Superintendencia de Salud debe tomar en consideración los elementos de juicio recolectados en el marco del seguimiento que ha realizado esta Corporación a la Sentencia T-760 de 2008[181], a través de su Sala Especial de Seguimiento.

26. La diligencia celebrada el 6 de diciembre de 2018 contó con la presencia del Superintendente de Salud, quien señaló entre otras cosas que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que les otorga como término la ley; (ii) por lo anterior, existe un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes[183]; (iii) en las

oficinas regionales la problemática es aún mayor[184], pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital[185].

27. En consecuencia, es posible concluir que, de conformidad con lo expresado por el Superintendente de Salud a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la entidad tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presentan de conformidad con lo establecido en la Ley. Por lo tanto, mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por la accionante.

28. De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra que la acción de tutela es procedente para solicitar la protección de los derechos fundamentales del menor de edad agenciado en situación de discapacidad, pues: (i) respecto del derecho a la educación, no cuenta con otros medios jurisdiccionales idóneos y eficaces de los que pueda hacer uso; y (ii) respecto del derecho a la salud, si bien existe un recurso jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de sus garantías fundamentales.

29. Comoquiera que la acción de tutela es el mecanismo procedente en el presente caso, la Sala abordará el fondo del caso y lo planteado para resolverlo.

Las personas en situación de discapacidad, como sujetos de especial protección constitucional. El enfoque social de la condición de discapacidad[186].

30. La especial protección de las personas en situación de discapacidad, física o mental,[187] encuentra su fundamento en los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución. De conformidad con el desarrollo jurisprudencial de estos deberes el Estado les debe brindar una protección reforzada, con el ánimo de fomentar condiciones igualitarias de participación en la sociedad y garantizar el goce de los bienes y servicios que ofrece[188]. Así, dicho

estatus jurídico se soporta en el deber constitucional de protección derivado de “las condiciones singulares de vulnerabilidad y eventualmente de desprotección, que hace que tal población requiera de atención especial por parte del Estado y de la sociedad en general”[189].

La protección de la población en situación de discapacidad y las obligaciones que se derivan de tal garantía varían en concordancia con la visión de la discapacidad que se maneje. Las formas de asumir la discapacidad y las medidas para enfrentar las barreras relacionadas con ella han evolucionado y serán distintas si se concibe la discapacidad desde un enfoque de prescindencia[190], médico rehabilitador[191] o social[192]. El último enfoque mencionado fue asumido por el Estado colombiano como un derrotero a través de la Ley 1346 de 2009, aprobatoria de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

31. Entender la discapacidad desde el enfoque social, implica concebirla como un problema de la sociedad y no del individuo. En este orden de idea, las “limitaciones” que parecieran tener las personas en situación de discapacidad no tienen origen en su condición personal, física o mental, sino en la incapacidad de la sociedad para garantizar espacios y servicios para todas las personas en independencia de sus contingencias particulares[193].

A la luz de esta visión de la discapacidad, la inclusión de quienes se encuentran en tal situación en los ámbitos sociales implica un ejercicio democrático que reivindica la diferencia. No se propende por la inclusión de la persona para exclusivamente asegurar sus derechos, sino para potenciar la diferencia y el pluralismo, como las capacidades diferenciales, desde cada una de las cuales los sujetos juegan un rol en la sociedad[194]. Así como la causa de la discapacidad, entendida como “la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social”[195] es netamente social y no individual, las medidas para conjurarla corresponden al conglomerado social y no únicamente a quien padece una “deficiencia” física o mental; “si el modelo rehabilitador se centra en la normalización de las personas con discapacidad, el modelo social aboga por la normalización de la sociedad, de manera que ésta llegue a estar pensada y diseñada para atender las necesidades de todos”[196].

En ese contexto surgen los ajustes razonables[197] como un mecanismo de

acondicionamiento de los escenarios y posibilidades sociales, en respuesta a las capacidades diferenciales que circulan en la vida social, para garantizar a las personas en situación de discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales entre las que se encuentran la educación y salud.

En suma, a partir de los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional a quienes el Estado debe garantizar de manera reforzada el goce de los bienes y servicios que presta. Dicha garantía se enmarca en el enfoque social de la discapacidad y se materializa mediante ajustes razonables entendidos como acciones afirmativas que, sin imponer una carga desproporcionada, adaptan la sociedad para todas las personas con independencia de sus contingencias particulares.

El derecho a la educación inclusiva. Reiteración de jurisprudencia[198].

32. El artículo 67 de la Constitución Política establece que la educación es un derecho fundamental inherente a cada persona y, en consonancia, el artículo 44 lo reconoce como un derecho de los niños, las niñas y los adolescentes. Además, el artículo 68 Superior señala expresamente que la educación de las personas en situación de discapacidad es una obligación especial del Estado.

33. Por otra parte, el derecho a la educación se encuentra consagrado en diferentes instrumentos jurídicos de carácter internacional tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos[199]; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales[200]; la Convención sobre los Derechos del Niño[201]; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

34. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la educación: (i) es un derecho inherente a la persona, y un servicio público cuya prestación es un fin esencial del Estado; (ii) es un derecho fundamental de las personas menores de 18 años; (iii) es gratuita y obligatoria en el nivel de básica primaria; (iv) debe priorizar su dimensión de servicio público de manera que todas las personas menores de 18 años accedan a al menos un año

de preescolar, cinco años de primaria y cuatro de secundaria; (v) la integran 4 características fundamentales que se relacionan entre sí: aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad; (vi) las entidades públicas del orden nacional y territorial tienen la obligación de garantizar el cubrimiento adecuado de los servicios de educación y de asegurar a los niños y niñas condiciones de acceso y permanencia en el sistema educativo; y (vii) el Estado tiene la obligación de realizar una intervención positiva con el fin de eliminar las barreras que los menores de edad en condición de discapacidad puedan acceder a una educación de calidad[202].

35. Ahora bien, la interpretación sistemática de los artículos 13, 44 y 68 de la Constitución y de los mencionados instrumentos de derecho internacional bajo el enfoque social de la discapacidad referenciado en el capítulo anterior, le impone al Estado la obligación de proporcionar educación a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad para materializar su derecho fundamental a la igualdad, y promover la eliminación efectiva de cualquier obstáculo con el que se puedan encontrar dentro de su proceso educativo[203].

36. Así, surgió la educación inclusiva como un modelo que busca que concurren en el aula estudiantes con capacidades diferentes para aprender y acceder al conocimiento y desarrollo. Dicho modelo parte de la idea de que los educandos no pueden ser apartados de los demás en razón de sus características personales, muchas de las cuales tradicionalmente han sido catalogadas y percibidas como limitaciones individuales. Hacerlo, implica segregar a una parte de la población, sin justificación válida más allá de la diferenciación entre normalidad y anormalidad, como un criterio histórico y cambiante para juzgar y aislar a un grupo y restringirle desde el comienzo de la vida, sus derechos[204].

De acuerdo con el enfoque social de la discapacidad se deben realizar una serie de adaptaciones por parte de la sociedad al individuo y no al contrario. El aula, como reflejo de la sociedad reproduce esquemas de exclusión, que deben abrir camino a la inclusión y a la convivencia armónica de todos los estudiantes. La situación de discapacidad no es razón suficiente para alejar a una persona del sistema general de educación y para que derive los beneficios del mismo[205], entre los que sin duda se encuentran elementos de la sociabilidad y de la vida en comunidad.

37. En suma, el Estado está en el deber de asegurar que las personas en situación de

discapacidad: (i) no queden excluidas del sistema general de educación, de la enseñanza primaria ni de la enseñanza secundaria, por motivos de discapacidad; (ii) puedan acceder a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; (iii) vean asegurados ajustes razonables que respondan a su condición particular y los apoyos en su proceso de aprendizaje; y, (iv) lleven a cabo su proceso educativo en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social, que permita su plena inclusión en la sociedad.

Entidades del sector educativo responsables de la adopción de ajustes razonables.

38. La Ley Estatutaria 1618 de 2013 “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”[206] en su artículo 11 determina el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad y define como responsables de su garantía al Ministerio de Educación Nacional, a las entidades territoriales certificadas en educación y a los establecimientos educativos.

De conformidad con la mencionada ley, las entidades territoriales certificadas en educación, entre otras cosas, deben “garantizar el personal docente para la atención educativa a la población con discapacidad, en el marco de la inclusión, así como fomentar su formación, capacitación permanente, de conformidad con lo establecido por la normatividad vigente”[207]. Así mismo, deben “proveer los servicios de apoyo educativo necesarios para la inclusión en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad. Estos servicios incluyen, entre otros: intérpretes, guías-intérpretes, modelos lingüísticos, personal de apoyo, personal en el aula y en la institución” [208].

Ahora bien los colegios, sin distinción sobre su carácter estatal o privado, entre otras funciones, deben identificar: (i) a los niños y niñas susceptibles de atención integral para garantizar su permanencia educativa en el marco de la inclusión; (ii) las barreras que impiden el acceso, la permanencia y el derecho a una educación de calidad a personas con necesidades educativas especiales; y, finalmente, (iii) propender porque el personal docente sea idóneo y suficiente para el desarrollo de los procesos de inclusión social[209].

39. Con anterioridad a la expedición de la precitada ley estatutaria, la Ley 115 de 1994, que

regula el servicio público de educación, estableció en su artículo 46 la necesidad de garantizar el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad. De dicha forma determinó 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”[210].

Igualmente, tal disposición normativa determinaba que los establecimientos educativos organizarían directamente o mediante convenio las acciones pedagógicas y terapéuticas que permitieran el proceso de integración social y académica de los estudiantes en situación de discapacidad[211]. De conformidad con la Sentencia C-149 de 2018[212], tal mandato legal debe entenderse en el sentido de que la integración deberá estar orientada a la realización de los ajustes razonables necesarios con observancia de la diversidad funcional que presente el alumno, con miras a alcanzar una efectiva inclusión.

40. La Ley 361 de 1997 por su parte, señala la competencia del Gobierno Nacional de diseñar e implementar planes educativos especiales de carácter individual para los menores de edad en situación de discapacidad, “que garanticen el ambiente menos restrictivo para [su] formación integral”[213], adicionalmente determinó que el Ministerio de Educación debe producir y distribuir materiales de capacitación para los docentes, que fortalezcan sus habilidades en ciertas áreas y apoyen a los niños en situación de discapacidad que lo requieran.

41. En 2015, se expidió el Decreto 1075 de 2015[214] que establece la estructura del sector educacional, las responsabilidades de las autoridades a nivel nacional y territorial, los aspectos pedagógicos de los diferentes niveles académicos y las orientaciones curriculares. Además, tiene un capítulo sobre los servicios educativos especiales, específicamente, una sección de ese apartado establece parámetros para la protección del derecho de personas con “limitaciones” o con capacidades o talentos excepcionales.

El Decreto referido en su artículo 2.3.3.5.1.1.4 dispone que las Secretarías de Educación Municipales de las entidades territoriales certificadas son las responsables para organizar la oferta para la población en situación de discapacidad, capacidades o talentos excepcionales en cada jurisdicción. Por su parte, el artículo 2.3.3.5.1.3.6 señala que los planteles que cuenten con alumnos en situación de discapacidad cognitiva, motora, síndrome de asperger

o autismo, deben “organizar, flexibilizar y adaptar el currículo, el plan de estudios y los procesos de evaluación de acuerdo a las condiciones y estrategias establecidas en las orientaciones pedagógicas producidas por el Ministerio de Educación Nacional”.

Así mismo, los artículos 2.3.3.5.1.2.1 y 2.3.3.5.1.2.2 del Decreto[215] referido se ocupan de las orientaciones curriculares especiales y señalan que las instituciones que atienden niños con “limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales” deben hacer las adecuaciones curriculares, organizativas y pedagógicas y “en general de accesibilidad que sean necesarias para su formación integral”. En ese sentido, el proyecto educativo institucional (PEI) de dichos establecimientos incluirá “proyectos personalizados en donde se interrelacionen componentes, instrumentos y medios de la estructura del servicio educativo ofrecido, para que su integración al mismo, procure desarrollar niveles de motivación competitividad y realización personal”.

Así mismo, el Decreto introduce el concepto de canasta educativa complementaria[216], entendida como “componentes adicionales a los de la canasta básica que apoyan el acceso y la permanencia escolar”, entre estos componentes se establecen los profesionales de apoyo, quienes “complementan y mejoran el desarrollo de la propuesta educativa, como psicólogos, terapeutas, u otros, siempre que estén contemplados en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) o en el Proyecto Educativo Comunitario (PEC) y que presten sus servicios en el marco de los procesos de inclusión educativa reglamentados por el Ministerio de Educación Nacional”.

42. Adicionalmente, el Decreto 1421 de 2017 “Por el cual se reglamenta en el marco de la educación inclusiva la atención educativa a la población con discapacidad”, establece los principios, las definiciones básicas y los lineamientos necesarios para la operación del modelo de educación inclusiva[217]. En tal sentido, indica que los recursos financieros para la atención educativa de las personas en situación de discapacidad se garantizan con cargo al Sistema General de Participaciones, de manera que “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”[218].

Seguidamente, el Decreto sostiene que de conformidad con lo anterior:

“las entidades territoriales certificadas en educación deberán garantizar la prestación

eficiente y oportuna del servicio educativo al interior de su jurisdicción y, para ello, podrán, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones más los recursos propios que decidan destinar, implementar las siguientes líneas de inversión a favor de los estudiantes con discapacidad: i) creación de empleos temporales de docentes de apoyo pedagógico, viabilizados anualmente por el Ministerio de Educación Nacional, para el acompañamiento a establecimientos educativos y docentes de aula, los cuales quedarán adscritos a las plantas de las respectivas entidades territoriales certificadas; ii) contratación de apoyos que requieran los estudiantes, priorizando intérpretes de la Lengua de señas Colombiana - Español, guías intérpretes, modelos lingüísticos, mediadores y tiflólogos, y iii) herramientas técnicas, tecnológicas y didácticas pertinentes de acuerdo a la reglamentación establecida en las siguientes subsecciones”.

De acuerdo con lo anterior, el Decreto 1421 de 2017 impone a cargo de las entidades territoriales certificadas el deber de garantizar la prestación plena del derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad y, en consecuencia, faculta a dichas entidades para que, bajo un adecuado ejercicio de planeación y de conformidad con las normas de la contratación estatal aplicables, implementen las líneas de inversión antes descritas, que incluyen la contratación de personal de apoyo.

En cuanto a las secretarías de educación, o la entidad que haga sus veces en las entidades territoriales certificadas, se determina que son las gestoras y ejecutoras de la política de educación inclusiva, por lo tanto, deben definir la estrategia de atención para estudiantes en situación de discapacidad y la distribución de los recursos asignados para asegurar el cumplimiento del decreto. De igual manera, a través de sus planes de mejoramiento, deben gestionar los ajustes razonables que las instituciones educativas requieran para que de manera gradual garanticen la atención educativa de las personas en condición de discapacidad[220].

De acuerdo con lo anterior, son dichas entidades las encargadas de definir y gestionar el personal de apoyo suficiente que se requiere en las instituciones educativas y las responsables de dotar a los colegios oficiales de los materiales pedagógicos y didácticos para promover una educación de calidad a los estudiantes en situación de discapacidad. Adicionalmente, deben articular con la secretaría de salud respectiva o quien haga sus veces los procesos de diagnóstico, valoración y atención de los “estudiantes con

discapacidad”[221].

Por último, los establecimientos educativos deben promover las condiciones para que los docentes elaboren los PIAR y garantizar su cumplimiento. Además, deben hacer seguimiento a los estudiantes en situación de discapacidad y entablar un diálogo con su familia y cuidadores, para fortalecer el proceso de educación inclusiva[222].

Desarrollo del derecho a la educación inclusiva

44. La Corte se ha pronunciado en distintas oportunidades respecto del derecho a la educación que tienen las personas en situación de discapacidad, especialmente los menores de edad. A partir de dichos fallos se han establecido las siguientes reglas jurisprudenciales[223]:

(i) Como regla general, los estudiantes en situación de discapacidad deben ser acogidos por instituciones educativas de carácter ordinario mediante la adopción de ajustes razonables, debido a que el modelo actual de discapacidad social exige la garantía del derecho a la educación inclusiva que implica un proceso educativo con estudiantes con diferentes características, sin que eso sea un obstáculo para la garantía de su derecho[224].

(ii) Los colegios e instituciones pedagógicas o evaluadoras deben llevar a cabo los ajustes razonables coherentes con las necesidades y apoyos pedagógicos de cada individuo[225] en tanto son una manifestación de la educación inclusiva.

En tal sentido, se ha determinado como exigible para los colegios: (i) la contratación de personal idóneo para la prestación del servicio educativo conforme a las necesidades del niño en situación de discapacidad (T-994 de 2010); (ii) la adaptación de las condiciones técnicas de evaluación del ICFES para los estudiantes con discapacidad visual (T-598 de 2013); y (iii) el acceso a la infraestructura escolar por parte de los estudiantes en situación de discapacidad (T-679 de 2016).

(iii) En casos excepcionales, cuando se acrediten algunas particularidades fácticas, las autoridades también están autorizadas a prestar un servicio educativo diferenciado. Esta excepción procede como un último recurso cuando las valoraciones médicas, psicológicas y

familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor de edad[226].

En síntesis, en razón al modelo social de discapacidad, las autoridades deben preferir la prestación de la educación inclusiva a la educación especial diferenciada. La decisión dependerá de las circunstancias de cada caso concreto pues deberá tener en cuenta lo ordenado por parte de los profesionales tratantes y las consideraciones de la familia.

Además, de acuerdo con la regla general planteada, en los procesos de educación inclusiva es imprescindible que el Estado reconozca las limitaciones materiales que tiene para hacer efectivo el derecho a la igualdad y que haga los ajustes razonables del caso, para que “cada persona, desde su individualidad diversa, esté en condiciones de igualdad real y efectiva frente a sus compañeros”[227]. Dichos ajustes razonables se deben estructurar a partir de la estimación profesional de las necesidades individuales de aprendizaje e interacción social, de forma que se garanticen apoyos personalizados o en grupos, como sea necesario para el proceso de formación.

Adopción de ajustes razonables. Acompañamiento de auxiliares terapéuticos en el aula de clases.

Los ajustes razonables que debe adoptar la institución educativa que brinda procesos de educación inclusiva a estudiantes en situación de discapacidad se consignan en instrumentos llamados Planes Individuales de apoyos y ajustes razonables (PIAR). Dichas herramientas permiten visibilizar: (i) el contexto general del estudiante dentro y fuera del establecimiento educativo; (ii) su valoración pedagógica; (iii) informes de profesionales de la salud que aportan a la definición de los ajustes; (iv) los objetivos y metas de aprendizaje; (v) ajustes curriculares, didácticos, evaluativos y metodológicos para el año electivo, si se requieren; (vi) recursos físicos, tecnológicos y didácticos, necesarios para el proceso de aprendizaje y la participación del estudiante y; (vii) proyectos específicos que se requieran realizar en la institución educativa, diferentes a los ya programados en el aula, que incluyan a todos los estudiantes; (viii) situaciones relevantes del estudiante para su proceso de aprendizaje ; y (ix) actividades en casa que darán continuidad a diferentes procesos en los tiempos de receso escolar[228].

Si bien los ajustes razonables pueden comprender desde modificaciones curriculares hasta

ajustes o correcciones a la infraestructura, de la respectiva institución educativa, la Corte ha conocido algunos casos en los que ajustes razonables han consistido en la prestación de un servicio de acompañamiento personalizado de acuerdo con las necesidades específicas de la persona en situación de discapacidad.

Así, la Sentencia T-495 de 2012[229] estudió la tutela presentada por el padre de un estudiante de un colegio contra la Secretaría de Educación de Bogotá, ya que consideraba que la entidad había vulnerado los derechos de su hijo al negarse a nombrar un profesor especializado que lo apoyara en el aula, dado que padecía de trastorno del espectro autista y requería un apoyo especial.

El fallo consideró que no era de procedente el argumento de la Secretaría de Educación accionada, en cuanto a que el servicio solicitado por el actor no hacía parte del derecho a la educación y que, por tanto, era competencia de la EPS prestarlo, pues la “la pretensión de que el niño Nicolás Santiago sea acompañado permanentemente en su aula regular de estudio por un profesional especializado en el manejo de niños autistas, es un servicio educativo a cargo del sistema público educativo del Estado, que para el caso que nos ocupa, es la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C.”[230]. La sentencia resaltó que:

“en temas como el que aquí se estudia, en los que algunos servicios solicitados por personas en situación de discapacidad, no son prestados ni por las Secretarías de Educación ni por las EPSs, debido a que consideran no tener competencia para ello, la Sala advierte que existe una relación muy cercana entre los derechos a la salud y a la educación, así como una corresponsabilidad entre dos entidades que prestan servicios públicos diferentes, por lo que cada una debe prestar el servicio que le corresponda, es decir, la EPS debe prestar el servicio de salud de forma integral, en orden a mejorar la calidad de vida de la persona en situación de discapacidad, y por su parte, la Secretaría de Educación, en este caso la de Bogotá D.C., debe garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva del interesado”[231].

En relación con el derecho a la educación, la Sala consideró que la entidad accionada no cumplió las obligaciones consignadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de Discapacidad, ya que esta establece que se debe prestar apoyo pedagógico en los centros educativos para garantizar el derecho a la educación. En ese sentido, señaló

que la discapacidad no debía ser entendida como una enfermedad o un obstáculo para vivir, sino que debía ser abordada desde el matiz de la diversidad y del pluralismo, valores protegidos en la Constitución y que a la vez promueven la tolerancia y la igualdad. Por lo tanto, destacó que la discapacidad no solo debía abordarse desde el punto de vista médico, sino desde otras aristas que permitieran atenderla de manera integral. En consecuencia, ordenó a la Secretaría asignar personal docente en la institución distrital para que acompañara el proceso educativo del hijo del accionante.

Ahora bien, los profesionales de acompañamiento en el aula para personas en situación de discapacidad en algunas ocasiones revisten las características de “sombras”. Dichos escenarios facticos también han sido conocidos por la jurisprudencia constitucional. Así, la Sentencia T- 567 de 2013[232] examinó la procedencia de asignar un acompañante permanente (sombra) a un menor de edad para mejorar su calidad de vida. En el estudio del caso, la sentencia amparó los derechos fundamentales a la salud, a la educación y a la vida digna del menor al considerar que el entrenamiento de habilidades sociales mediante la inclusión escolar, constituye una actividad de orden educativa y, por lo tanto, es una responsabilidad de las autoridades educativas, es decir, las Secretarías de Educación[233].

Por otra parte, la Sentencia T-318 de 2014[234] conoció la acción de tutela promovida por la madre de un menor de edad con diagnóstico trastorno por déficit de atención, a quien la coordinadora del centro educativo regular en el que estudiaba le recomendó asignarle un profesor sombra. En sede de revisión, la Sala encontró que a pesar de que la madre había realizado las gestiones ante la Secretaría de Educación municipal y la EPS para conseguir dicho servicio, estas autoridades negaron su competencia y consiguiente responsabilidad en la prestación del apoyo al considerarlo ajeno a sus competencias.

Al resolver el caso concreto, el fallo ordenó a la Secretaría de Educación que adelantara las acciones y dispusiera de manera efectiva los recursos y el personal docente necesarios para garantizar la prestación del servicio educativo que requería el menor de edad, pues encontró que de acuerdo con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, es el Ministerio de Educación quien debía garantizar el derecho de los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales a una educación de calidad y competitiva[235].

En ese sentido, de la jurisprudencia precitada se pueden extraer las siguientes reglas:

- El acompañamiento en el aula por parte de profesionales especializados para la asistencia de personas en situación de discapacidad ha sido considerado como un ajuste razonable que debe asumir el sector educativo en aras de garantizar el derecho a la educación inclusiva. No obstante, se ha determinado que la satisfacción de los derechos a la salud y a la educación en esas situaciones está interrelacionada, por lo que se requiere que ambos sectores cumplan con las responsabilidades que les son propias de manera coordinada.
- Cuando la EPS ha ordenado un acompañamiento terapéutico en el aula de clases, de manera que la educación inclusiva sea parte del proceso terapéutico, la Corte ha determinado que existe un componente mayormente educativo que es responsabilidad de las autoridades educativas[236]. Por lo tanto, ha ordenado que la prestación recaiga sobre tal sector y solo de manera subsidiaria en el sector salud (Sentencia T- 567 de 2013[237]).
- Cuando la EPS no ha ordenado el acompañante terapéutico en el aula, pero lo ha solicitado el Colegio del niño en situación de discapacidad, la Corte ha solicitado la conformación de un Comité Interdisciplinario que integre autoridades educativas y de salud para que determinen su viabilidad. Adicionalmente, ha ordenado a la Secretaría de Educación respectiva que disponga del personal necesario para prestar el servicio educativo (Sentencia T-318 de 2014[238]).

En suma, la Corte ha considerado que los apoyos de carácter terapéutico al interior del aula, tanto ordenados por la EPS como solicitados por el Colegio respectivo cumplen una función educativa y, en consecuencia, son responsabilidad del sector educativo.

Ahora se pasa a reiterar las reglas sentadas por la jurisprudencia en el ámbito del derecho a la salud.

El derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad

Contenido y alcance del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia[239]

46. La Ley Estatutaria 1751 de 2015, de una parte, consagró el derecho a la salud como

derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo y, de otra, reconoció la salud como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado[241].

47. En cuanto a los elementos del derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que se trata de los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En particular, la Corte ha dicho lo siguiente sobre cada uno de ellos:

(i) Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población[242];

(ii) Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos al prestar el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida[243];

(iii) Accesibilidad: corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información[244].

(iv) Calidad: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios[245].

48. Por otro lado, esta Corte se ha referido al principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, de acuerdo con las disposiciones

prescritas por el médico tratante[246]. En ese sentido, a la EPS le corresponde garantizar todos los servicios de salud que requiera el paciente, sin que estos puedan fraccionarse. Pese a lo anterior, la Corte ha señalado que el principio de integralidad no debe interpretarse como la posibilidad que tiene el usuario de solicitar los servicios de salud que a bien le parezcan ya que es el médico adscrito a la EPS a quien le corresponde determinarlos a partir de sus necesidades clínicas.

Reglas jurisprudenciales para la prestación de terapias ABA

49. A la fecha son numerosos los pronunciamientos[247] en los que la Corte Constitucional ha estudiado situaciones sobre la protección de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes que afrontan alguna enfermedad o que se encuentran en situación de discapacidad. En tal sentido, la Sentencia T-802 de 2014, que revisó los fallos de tutela contenidos en diez expedientes acumulados cuyos hechos en común aludían a amparos formulados por personas en representación de sus hijos menores de edad contra distintas EPS por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social y a la protección especial del menor, al negarse a autorizar la prestación de terapias alternativas tipo ABA y de neurodesarrollo no POS en una IPS específica, servicios prescritos por médicos no adscritos a las EPS accionadas.

En la referida providencia, la Corte precisó los parámetros que deben observarse en asuntos cuya protección gire en torno a la prestación de tratamientos integrales de salud o terapias alternativas tipo ABA, a saber:

(i) “La salud de los niños constituye un derecho fundamental, cuya protección se refuerza cuando son personas con discapacidad. Debido a ello, las E.P.S. tienen la obligación de brindar un tratamiento integral encaminado a alcanzar el bienestar tanto físico como mental y emocional del menor.

(ii) Para ordenar las terapias alternativas tipo ABA y de neurodesarrollo no POS, no basta con la simple prescripción médica (independientemente de si el profesional de salud pertenece o no a la red de la E.P.S.), sino que es necesario que se justifique con base en criterios médico-científicos que el paciente va obtener una mejoría o progreso en su salud. Asimismo, que dicho método no puede ser sustituido o reemplazado por uno de los servicios

incluidos en el POS.

(iv) En el evento de que la prescripción provenga de un galeno ajeno a la E.P.S., los accionantes deben solicitar el referido tratamiento ante las entidades prestadoras del servicio de salud con el fin de que estas valoren dicho concepto sobre la base de criterios médico-científicos y en ningún caso con argumentos de tipo administrativo.

(v) En todo caso los accionantes tienen la obligación de demostrar que no cuentan con los recursos suficientes para sufragar las terapias ABA y de neurodesarrollo.

(vi) Una vez verificada la eficacia del tratamiento alterno (sobre estudios médico-científicos), la E.P.S. está obligada a proporcionar los procedimientos integrales en una IPS que forme parte de su red de prestadores y que brinde tanto profesionales especializados como instalaciones para llevar a cabo los tratamientos requeridos.

(vii) Las E.P.S. no están obligadas a prestar el servicio a través de una institución particular por el solo capricho del paciente o su familia, menos aún cuando la IPS elegida por aquellos no cumple con los estándares para llevar a cabo los tratamientos.

(viii) En caso de que las entidades prestadoras de servicio de salud no suministren tratamiento tipo ABA y de neurodesarrollo o no tengan convenio con una IPS, o que sus IPS no cuenten con las condiciones de idoneidad requeridas, se encuentran obligadas a contratar la práctica de las mismas con una institución particular y debidamente autorizada por el Estado.

(ix) Sin los soportes correspondientes ningún juez constitucional es la autoridad competente para ordenar a una entidad promotora de salud la autorización de un tratamiento alternativo tipo ABA y de neurodesarrollo no POS, ni la competente para ordenar a la misma la realización del tratamiento en una institución con la cual no se tiene convenio”[248].

Entonces, si se verifica la eficacia del tratamiento y cada uno de los anteriores criterios en el caso particular, la E.P.S. está obligada a proporcionar los procedimientos integrales con profesionales especializados o mediante una institución particular y debidamente autorizada por el Estado[249].

Caso Concreto

50. El agenciado, quien tiene 9 años de edad, fue diagnosticado en 2016 con Trastorno del Espectro Autista y desde 2017 adelanta sus estudios de básica primaria en el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán del Municipio de Yopal.

Debido a que el niño presentaba conductas que dificultaban su proceso de adaptación al aula y ponían en peligro su bienestar y el de los demás niños en el salón de clases, desde abril de 2017 el plantel educativo condicionó su continuidad en el plantel a que una “sombra” lo acompañara en el proceso educativo.

En consecuencia, los padres del niño solicitaron el servicio de acompañamiento “sombra” exigido por el colegio para el proceso educativo de su hijo a la EPS Colombiana de Salud y a la Secretaría de Educación de Yopal. Ambas entidades denegaron la solicitud al afirmar que la prestación de dicho servicio escapaba de su competencia, pues era responsabilidad del sector educativo y no del sector salud o viceversa.

Ante dicha situación, en julio de 2017, la Defensoría del Pueblo Regional de Casanare, como agente oficiosa, interpuso acción de tutela para exigir la protección del derecho a la educación inclusiva del menor de edad y la garantía de su manejo terapéutico integral por parte de la EPS Colombiana de Salud.

En el curso del proceso de amparo constitucional[250], la EPS que prestaba sus servicios al Magisterio en la región y a la cual se encontraba afiliado el menor de edad agenciado cambió de Colombiana de Salud EPS a Medisalud UT. Adicionalmente, dada la ausencia del acompañante “sombra” requerido por la Institución Educativa, el niño fue desescolarizado desde el 20 de marzo de 2018 y hasta los últimos meses de ese año lectivo, época para la cual la madre del agenciado contrató una “sombra” que lo acompañara.

Por medio de fallo del 9 de julio de 2018, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Yopal tuteló los derechos a la educación inclusiva, a la igualdad y a la dignidad humana del niño y, en consecuencia, ordenó a la EPS accionada adoptar las medidas necesarias para que un equipo interdisciplinario de médicos especialistas, con la participación el centro educativo, determinara los mecanismos de apoyo terapéutico más adecuados para la inclusión escolar del agenciado.

Las accionadas no conformaron el comité interdisciplinario ordenado por el juez constitucional de primera instancia. Ahora bien, entre julio y septiembre de 2018, diferentes especialistas de la EPS y médicos particulares le prescribieron al niño “terapias ABA” no especificadas y el acompañamiento de una “sombra”.

Ante la impugnación del fallo interpuesta por la accionante debido a la supuesta existencia de orden médica de terapias ABA a favor del menor de edad, el 12 de septiembre de 2018 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal confirmó parcialmente el fallo del “a-quo” y ordenó a la EPS Medisalud gestionar en 8 días todo lo relacionado con las terapias ABA como se encontraba plasmado en las órdenes médicas.

De conformidad con las pruebas recaudadas por la Sala, el padre del niño agenciado falleció el 22 de junio de 2018. Adicionalmente, de acuerdo con la agente oficiosa tanto el sector educativo como la EPS accionada se negaron a proporcionar el acompañante “sombra”. Además, esta última no autorizó los medicamentos y tratamientos prescritos por los médicos tratantes, dentro de los que incluyen las “terapias ABA”.

En ese sentido, según el material probatorio allegado, la Secretaría de Educación accionada ha negado el acompañamiento de una “sombra” al agenciado debido a que por su naturaleza terapéutica debe ser suministrada por la EPS. A su vez, la EPS ha negado la misma prestación al sostener que su contenido tiene un carácter pedagógico. Por otra parte, esta última reconoció durante el proceso su demora en el suministro de los medicamentos prescritos y afirmó haber brindado las terapias con “enfoque ABA” ordenadas.

El Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán y la Secretaría de Educación del Municipio de Yopal violaron el derecho a la educación inclusiva del agenciado

52. El Estado colombiano tiene la obligación de asegurar el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con TEA en situación de discapacidad, tal y como el niño agenciado, en igualdad de condiciones a las demás personas[251]. En este caso, respecto del derecho a la educación, dicha obligación internacional se materializa a través del Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán y la Secretaría de Educación del Municipio de Yopal.

53. En ese sentido, como se expuso con anterioridad, cuando se trata de estudiantes en situación de discapacidad el Decreto 1421 de 2017 determina que la garantía de su derecho a la educación es una responsabilidad, principalmente a cargo de las instituciones educativas de carácter privado u oficial, como lo es el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán y de las entidades territoriales certificadas, como la Alcaldía de Yopal por medio de su Secretaría de Educación y Cultura.

54. De acuerdo con las reglas jurisprudenciales antes mencionadas, el acceso al derecho a la educación en condiciones plenas por parte del agenciado se debe garantizar por parte de dichas autoridades educativas mediante la prestación de un proceso de educación inclusiva, como regla general, o de una educación especial diferenciada, como situación excepcional.

55. Conforme con la jurisprudencia constitucional, la determinación del carácter inclusivo o diferenciado del proceso educativo que se le brindará a cada estudiante en situación de discapacidad depende del resultado de las evaluaciones psicológicas, familiares y médicas que se hagan al estudiante.

En este caso, ni la familia ni las autoridades médicas y educativas intervinientes han solicitado la prestación de educación diferenciada para el agenciado. Por el contrario, han coincidido en recomendar un proceso de educación inclusiva[252], el cual de hecho ya fue iniciado en el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán. En esa medida, cabe aplicar la regla general jurisprudencialmente definida que ordena descartar la prestación de educación diferenciada para el niño agenciado.

56. Como se advirtió, tanto la jurisprudencia como la legislación vigente sobre educación inclusiva establecen que las autoridades del sector educativo deben realizar ajustes razonables en el sistema escolar para garantizar procesos de educación inclusiva con base en las necesidades específicas de cada estudiante con TEA. Ello implica que en cada caso deben tener en cuenta las características propias de cada educando para disminuir las barreras sociales que restringen su participación en el ambiente escolar.

57. La Sala encontró probado que al agenciado le fue diagnosticado “Trastorno del Espectro Autista (TEA)”[253]. De conformidad con el “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro

Autista” los TEA “son un grupo de alteraciones o déficit del desarrollo de características crónicas y que afectan de manera distinta a cada paciente. Los TEA se definen como una disfunción neurológica crónica con fuerte base genética que desde edades tempranas se manifiesta en una serie de síntomas basados en la tríada de Wing que incluye: la comunicación, flexibilidad e imaginación e interacción social”[254].

58. De acuerdo con el nivel de compromiso del trastorno[255], las personas con TEA pueden encontrarse en situaciones de mayor o menor vulnerabilidad de conformidad con las limitaciones del ambiente social y físico que implican las circunstancias en las que viven. Por lo tanto, pueden ser personas en situación de discapacidad a quienes el Estado debe garantizar un proceso de inclusión social mediante la adopción de ajustes razonables, pues enfrentan obstáculos para el goce pleno de sus derechos.

59. Según lo manifestado por el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán de Yopal el 1 de abril de 2017, la situación del agenciado “implica una alta dependencia funcional en el desarrollo de sus actividades académicas y de la vida cotidiana, debido a que hay dificultad en la comprensión de instrucciones básicas tanto de imitación como de verbalización, no muestra una adecuada adaptación al entorno escolar debido a que la permanencia en el puesto de trabajo y aula es intermitente, en ocasiones requiere de acompañamiento en la realización de necesidades fisiológicas (...) de igual manera en ocasiones presenta episodios agresivos (conductas disruptivas) ante la insistencia de que siga instrucciones (...)”[256].

De igual manera, la docente del aula encargada del proceso educativo del agenciado en la mencionada Institución Educativa afirmó por medio de comunicación del 12 de febrero de 2018[257] que el niño presentó: comportamientos estereotipados, conductas disruptivas y agresivas hacia los compañeros y docentes; no permaneció en el aula de clase y puso en riesgo su integridad, situación por la cual no completó la jornada escolar[258]. Nuevamente, el 20 de marzo del mismo año, el personal del plantel educativo reiteró que persistían las conductas agresivas y las dificultades comportamentales que impedían avances en el proceso de inclusión en el aula[259].

En diligencia de Inspección Judicial llevada a cabo el 13 de febrero de 2019, el rector del colegio indicó que la situación del menor de edad representa un riesgo para su bienestar y el de sus compañeros, pues presenta episodios de agresividad[260]. Además, la docente del

colegio, Carolina Pérez Rodríguez, indicó que el estudiante tiene dificultades de aprendizaje y presenta “dependencia respecto de sus actividades cotidianas, es decir, para ir al baño, para vestirse, para alimentarse”[261].

Todo lo anterior fue reiterado por el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán de Yopal en la valoración interdisciplinaria del 11 de febrero de 2019. En dicho documento se indicó que el agenciado: (i) posee una alta dependencia funcional en el desarrollo de sus actividades académicas y cotidianas; (ii) ocasionalmente comprende ordenes básicas, pero muestra resistencia a seguirlas; (iii) no permanece en su puesto de clase; (iv) requiere asistencia para realizar sus necesidades fisiológicas; (v) presenta comportamientos agresivos y (vi) posee poca intención comunicativa[262].

60. Por otra parte, la valoración psicológica del 4 de septiembre de 2018 realizada al agenciado indicaba: “paciente desorientado en sus tres esferas, reconocimiento inadecuado del esquema corporal, marcada dificultad para mantenerse en un solo lugar, no tiene adecuado seguimiento de instrucciones, lenguaje expresivo es pobre, evita el contacto visual, conducta compulsiva, incapacidad de autorreconocimiento”[263]. En ese mismo sentido, la valoración médica del 3 de junio de 2018 informaba que el agenciado: “tiene demasiada inquietud motora (...) en ocasiones conductas disruptivas (...) es completamente dependiente para actividades básicas diarias, aseo, vestuario, no mide riesgos”[264].

Así mismo, la especialista en terapia ocupacional de la EPS refirió que el agenciado: “es un niño dependiente en sus actividades de autocuidado, desplazamientos, relaciones interpersonales inadecuadas y disruptivas, debe tener más interacción social, con supervisión salir a parques, aunque asiste a natación diariamente, su permanencia en campos libres debe aumentar, su proceso escolar es lento, y su aprendizaje debe ser de forma visual” [265].

61. A partir del material probatorio mencionado, la Sala pudo concluir que el niño con TEA agenciado se encuentra en una situación de marcada vulnerabilidad debido a que su condición médica le genera dificultades en el desarrollo de diferentes actividades cotidianas dentro de las que se encuentran las académicas. De esta manera, la situación de discapacidad del niño debe ser atendida por el sistema educativo, el cual debe adoptar ajustes razonables de acuerdo con sus necesidades que le permitan gozar plenamente de

su derecho a la educación.

62. Ahora bien, respecto del carácter de los ajustes razonables a adoptar por parte de las autoridades educativas accionadas, se debe decir que la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán definió como uno de ellos el acompañamiento de un “terapeuta sombra” para el estudiante en situación de discapacidad agenciado. De acuerdo con lo anterior, inicialmente el colegio solicitó a la madre del menor de edad la tramitación de un auxiliar personalizado para el aula de clases ante la EPS[266].

La madre realizó la solicitud de un “acompañante sombra” ante Colombiana de Salud EPS, la cual se negó a brindar dicha prestación al argumentar que, dada su naturaleza educativa, escapaba de sus competencias[267]. De igual manera, la Secretaría de Educación de Yopal afirmó que no podía brindar dicho personal, pues la figura tenía un propósito terapéutico[268].

En ese sentido, el ajuste razonable dictaminado por la Institución Educativa para el desarrollo adecuado del proceso de educación inclusiva del agenciado no fue adoptado por esta, ni por la Secretaría de Educación municipal bajo el argumento de que la prestación del acompañamiento de una “sombra terapéutica” tiene una naturaleza propia del sector salud y en ese sentido no podía ser proporcionada con cargo a su presupuesto.

63. Debido a lo anterior, se hace necesario precisar la naturaleza del acompañamiento definido como ajuste razonable y el sector que debe cubrirlo. En cuanto el empleo de “sombras” la Sala ha podido constatar del material probatorio aportado al expediente[269], que dicha prestación puede ser entendida como un servicio de carácter terapéutico o pedagógico. Así, a lo largo del expediente se pudo entrever el uso de los conceptos de la “sombra terapéutica” y el “tutor o docente sombra”, como se expone a continuación:

64. La noción de “sombra terapéutica” fue empleada por la Secretaría de Educación de Yopal, la cual el 10 de abril de 2018[270] indicó que no le correspondía “sufragar medidas de cuidado personales y permanentes que excedan la prestación del servicio en el marco de las actividades pedagógicas y didácticas que tengan lugar en el establecimiento educativo”[271]; en ese mismo sentido, afirmó que el Decreto 1421 de 2017 no contempla la provisión de “cuidadores sombra” de carácter permanente para los estudiantes en situación de discapacidad, pues dichos apoyos constituyen prestaciones de salud.

Bajo la misma línea argumentativa, el Ministerio de Educación Nacional[272] y el Ministerio de Salud y Protección Social[273] acudieron al concepto de la “sombra terapéutica”, expuesto en los términos del “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista” elaborado por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud. Dicho documento no recomienda[274] el uso de la sombra terapéutica porque “no se encuentra evidencia que demuestre su efectividad en las personas con diagnóstico de trastorno del espectro autista”[275].

El “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista” aclara que las intervenciones con sombra -terapéutica- pueden llegar a ser obstáculos en el favorecimiento del desarrollo de la persona con diagnóstico TEA por diferentes aspectos: (i) la sombra puede modificar, según su criterio el plan de intervención de la persona; (ii) se crea una dependencia innecesaria; (iii) se interfiere con las interacciones entre pares e incluso; (iv) se obstruye la independencia del sujeto, pues “no le enseñan, solo le dan apoyos”. Igualmente, indica que la “sombra” puede convertirse en un estímulo “diferencial” para los pares del niño con autismo, quienes lo verán cómo alguien dependiente y “anormal”, y también afectar los niveles de frustración de la persona “por tener a todo momento a su disposición, la “solución” a sus dificultades diarias”[276]. Por ello concluye, que no se recomienda su uso dado que “no favorece el cumplimiento del objetivo de la terapia, [a saber,] la autonomía”[277].

En ese sentido, el concepto de la “sombra terapéutica” atiende a una naturaleza eminentemente terapéutica y no pedagógica, de manera que dicho rol es realizado por un profesional de la salud. Este punto de vista fue apoyado por el colegio y la Secretaría de Educación accionados, quienes indicaron que la prestación debía ser cubierta por el sector de la Salud[278].

65. Por el contrario, la figura del “maestro sombra” fue empleada por los profesionales de la salud tratantes del agenciado y pertenecientes a la EPS Medisalud UT[279]. Así, la psicóloga tratante indicó que el agenciado requiere un acompañante sombra con características de pedagogo especializado en discapacidad, mientras que la especialista en fonoaudiología afirmó que dicho acompañante “debía tener preparación pedagógica,

preparación psicológica, estudios sobre educación inclusiva, con buen nivel de conocimiento sobre los Trastornos del Espectro del Autismo, (...) esta persona debe respetar el orden jerárquico educativo y ser un apoyo en el aula respetando la autoridad (maestra), como también Potenciar aspectos cognitivos, sociales, emocionales y de autocuidado, fomentar la capacidad académica del (sic.) R.A.S.M. a través de la adaptación de materiales, adecuación metodológica del modelo educativo, refuerzo y promoción de la comunicación funcional y apoyo, coordinar junto con el equipo docente y de orientación psicoeducativa el programa curricular (...), así como las adaptaciones curriculares que sean necesarias en función del perfil del paciente” [280].

66. Ante la contradicción presentada en los criterios expuestos, la Sala requirió al criterio de entes especializados para que dieran su opinión técnica respecto del conflicto presentado. Así, de conformidad con la Liga Colombiana de Autismo, el acompañante requerido para la jornada escolar debe tener una naturaleza terapéutica, pero sus funciones deben estar claramente definidas en el Plan Individual de Ajustes Razonables. Ahora bien, la Liga Colombiana de Autismo precisó que, aunque su naturaleza sea terapéutica, es conveniente que no tenga el carácter de “sombra” sino de “asistente personal” en los términos del Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista[281].

67. De acuerdo con lo anterior, la Sala puede concluir que el acompañamiento que se debe dar al estudiante agenciado es de naturaleza terapéutica en el marco de un contexto pedagógico y responde a la figura de los ajustes razonables. Como lo determinaron las autoridades educativas y los expertos en materia de autismo, el agenciado requiere de asistencia a nivel comunicativo, de conducta adaptativa, de regulación emocional y de comportamiento del niño[282], por lo que no es procedente asignar un “profesor individualizado” que asuma las funciones de acuerdo con la regulación expuesta cubren el docente y el docente de aula, quien es el director de la clase.

68. Por otra parte, que el acompañamiento requerido por el agenciado sea de naturaleza terapéutica no implica que su prestación deba ser cubierta por el sector de la salud. En ese sentido, ninguna de las partes o intervinientes refutó que dicha prestación de naturaleza terapéutica tuviera un origen distinto a la necesidad educativa propia del proceso de educación inclusiva del agenciado y que se haya planeado como un ajuste

razonable requerido por el mismo colegio accionado.

69. En consecuencia, de la observación del acervo probatorio allegado y la aplicación de la regulación en materia de educación inclusiva junto con la jurisprudencia referente a la adopción de ajustes razonables reseñada con anterioridad, para la Sala es claro que el acompañamiento del apoyo terapéutico al agenciado en su jornada escolar es un ajuste razonable que debió ser adoptado por el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán y la Secretaría de Educación del Municipio de Yopal.

70. No obstante, dichas entidades no cumplieron con su responsabilidad y peor aún, condicionaron la continuidad del estudiante agenciado en el plantel educativo a que su madre supliera dicho rol por medio de un tercero ajeno a la institución. Por dicha razón, tanto el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán como la Secretaría de Educación del Municipio de Yopal vulneraron el derecho a la educación del menor de edad agenciado.

En tal sentido, se puede afirmar que el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán vulneró el derecho a la educación del agenciado por cuanto en razón de su situación de discapacidad le impuso la carga a su familia de proporcionar un apoyo educativo, que naturalmente debía proporcionar la Secretaría de Educación, como condición para asistir al plantel. Por su parte, la Secretaría de Educación Municipal también vulneró dicho derecho fundamental en tanto que rehuyó a su responsabilidad de dotar a las instituciones educativas del personal necesario para asegurar los procesos de educación inclusiva que ordena adelantar la ley y la jurisprudencia para los estudiantes en situación de discapacidad.

Por lo tanto el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán deberá abstenerse de condicionar la prestación del servicio educativo de carácter inclusivo al agenciado en razón de su situación de discapacidad y aplicar las estrategias pedagógicas diseñadas en el PIAR para el caso concreto, con la adopción de cada uno de los ajustes razonables determinados por los docentes de aula y de apoyo, con base en el criterio terapéutico y pedagógico aportado hasta el momento por el comité interdisciplinario realizado y los ajustes técnico-científicos que se planteen periódicamente como resultado de su monitoreo.

Por su parte, es responsabilidad de la Secretaría de Educación del Municipio de Yopal asegurar la vinculación de un “auxiliar personal” o acompañante de carácter terapéutico que brinde soporte a las actividades ya descritas al niño con “TEA” dentro del aula de clase

y de conformidad a lo plasmado en el PIAR en coordinación con la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán. Dicho acompañante, deberá tener formación académica en áreas de la salud y contará con el conocimiento apropiado para el manejo de trastornos como el que posee el niño agenciado[283]. Sus funciones se concentrarán en brindar apoyo a nivel comunicativo, de conducta adaptativa, de regulación emocional y de comportamiento del niño; todo ello en el marco del proceso de aprendizaje definido por las autoridades educativas y bajo la dirección del docente del aula respectivo, de quien será un apoyo[284].

71. En este punto, se debe destacar que el apoyo terapéutico requerido como ajuste razonable para el niño debe brindar su acompañamiento en la jornada escolar y debe ser evaluado constantemente en el PIAR[285]. En ese sentido, tal y como lo señaló la Liga Colombiana de Autismo debe tener un carácter más cercano al del “auxiliar personal” que señala el “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista” implementado en otros países para ser compatible con la educación inclusiva[286].

Así, si bien es cierto que la figura del “auxiliar personal” no existe expresamente en la legislación colombiana como lo manifiesta la EPS accionada[287], también lo es que el “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista” limita sus opiniones al tratamiento terapéutico del “TEA”. Por lo anterior, es necesario indicar que no se pronuncia sobre las necesidades en materia pedagógica de los niños y niñas con TEA, pues tiene una naturaleza eminentemente médica.

En consecuencia, son las autoridades educativas accionadas las que deben caracterizar el apoyo terapéutico requerido con base en los insumos técnicos y científicos reunidos hasta el momento y contratar al profesional respectivo bajo los parámetros que brinda el Decreto 1421 de 2017. Dicha normativa, permite vincular los apoyos que requieran los estudiantes en situación de discapacidad bajo las líneas de inversión que brinda el artículo 2.3.3.5.2.2.1. y que eventualmente podrían tener como referente la figura de “acompañante terapéutico” que menciona la Universidad Distrital en su intervención[288].

Como el Municipio de Yopal por medio de su Secretaría de Educación es una entidad

territorial certificada en educación en los términos del Decreto 1421 de 2017, debe exonerarse de responsabilidad al Departamento del Casanare y sus dependencias. Adicionalmente, de conformidad con lo expuesto se debe librar de responsabilidad en este punto a la EPS accionada, al FOMAG y a su administradora la Fiduprevisora S.A.

La EPS Medisalud UT vulneró el derecho a la salud de RASM al entregar de forma tardía los medicamentos que el niño requiere, no obstante, no lo vulneró por la no prestación de las terapias ABA

73. Por otra parte, respecto del segundo problema jurídico planteado la Sala encuentra que la EPS Medisalud UT vulneró el derecho a la salud del agenciado en tanto que no suministró los medicamentos formulados como parte del tratamiento farmacológico prescrito por los médicos tratantes, con diligencia. Sin embargo, dicha vulneración no se puede predicar también de la falta de autorización de las “terapias ABA”.

74. Se probó ante esta Corporación que la EPS Medisalud UT ha prescrito un tratamiento terapéutico y farmacológico en razón de la condición médica del agenciado[289]. Respecto del tratamiento terapéutico, afirmó que se enmarca en el “enfoque ABA” de conformidad con los parámetros médicos establecidos por el “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista” [290]. En cuanto al farmacológico, como se expondrá a continuación, fue probada la entrega tardía de medicamentos necesarios para el tratamiento efectivo de la conducta del agenciado[291], la cual se vuelve agresiva en algunas ocasiones respecto de sus familiares, docentes y pares en el aula de clase.

75. Inicialmente la agente oficiosa solicitó por medio de la acción de tutela la garantía del manejo terapéutico integral del agenciado. Con posterioridad, solicitó la prestación de “terapias ABA” y la entrega oportuna de los medicamentos recetados por los médicos tratantes (Risperidona)[292]. Durante la diligencia judicial celebrada el 13 de febrero del 2019, la madre del menor de edad agenciado indicó que la EPS accionada presta terapia física, ocupacional y de lenguaje, pero no las “terapias ABA” ordenadas[293].

76. El médico Gregorio Alfredo Sierra del Villar recetó al agenciado el medicamento “Risperidona” el 3 de junio de 2018 y el 04 de julio de 2018[294]. De igual manera, el médico Julio Cesar Alcázar Pinilla dio cuenta de dicha prescripción médica el 5 de

septiembre de 2018[295]. Dicho medicamento no es una tecnología excluida del plan de beneficios del Magisterio. Por lo tanto, la EPS accionada debe garantizar el suministro del mencionado insumo al agenciado para asegurar su bienestar físico y psicológico.

La EPS se demoró en la entrega efectiva del medicamento mencionado por más de 4 meses[296]. Así, la EPS Medisalud UT solo entregó el medicamento a la madre del agenciado el 12 de febrero de 2019, es decir, un día antes de realizar la inspección judicial por parte de los funcionarios comisionados por la Corte Constitucional, aún cuando el medicamento había sido ordenado desde septiembre de 2018[297].

Si se tiene en cuenta que la ausencia de dicho medicamento causó dificultades en el proceso educativo del niño, pues su propósito era en parte controlar las conductas agresivas, es posible concluir que la EPS Medislud UT vulneró el derecho a la salud del accionante al no suministrar los medicamentos formulados con diligencia. No obstante, como se probó también que la vulneración mencionada ya cesó, pues la EPS Medisalud UT hizo entrega de los mencionados insumos y se comprometió al suministro de los mismos, la Sala advertirá a la accionada que se abstenga de incumplir nuevamente dicha obligación.

77. Por otra parte, en órdenes médicas aportadas por la agente oficiosa del 3 de junio de 2018 y del 4 de julio del mismo año, el profesional Gregorio Sierra del Villar ordenó “continuar con terapias ABA”[298] e “iniciar de manera perentoria terapias ordenadas (ABA) ver guía y recomendación de Minsalud buscar independencia” [299].

En el mismo sentido, en valoración psicológica realizada el 04 de septiembre de 2018 la profesional Carolina Pineda Ríos afirmó: “se solicita acompañamiento de docente sombra en el área escolar que se encuentre capacitado o posea los recursos teóricos de el (sic) espectro autista, de igual manera el abordaje terapéutico para la modificación de conductas y terapias ABA” y se remite a psiquiatría[300]. Finalmente, el 5 de septiembre de 2018 el profesional Julio Cesar Pinilla ordenó “Terapia ocupacional con técnicas ABA de forma continua”[301].

Con anterioridad a las órdenes médicas dadas por los profesionales mencionados, el médico particular Carlos Medina Malo, indicó en una consulta de control del 19 de abril de 2017 que “fortalezas: hay cerebro donde trabajar con técnica ABA” [302].

No obstante lo anterior, con ocasión de la valoración interdisciplinaria ordenada judicialmente por los jueces de instancia y luego por la Magistrada ponente, se aportó concepto médico desde las especialidades de psicología, terapia ocupacional, fisioterapia y fonoaudiología en el que se indicó que de acuerdo con el “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista” se ordenó la implementación de un plan de manejo terapéutico desde el “Enfoque ABA”, pero no los procedimientos comúnmente denominados ABA como hipoterapias o hidroterapias[303].

78. En cuanto al tratamiento terapéutico prescrito al agenciado, se debe decir que si bien se le ha ordenado la prestación de “terapias ABA” de manera general por parte de los médicos tratantes, actualmente no existe orden médica vigente que confirme dicho dictamen o que permita justificar dichos tratamientos con criterios médico-científicos.

Así, ningún profesional de la salud de la EPS o ajeno a ella ha ordenado la realización de “hipoterapias” o “hidroterapias”, pero en caso de que la madre del menor de edad agenciado solicite la prestación de “terapias ABA” entendidas como “hipoterapias” o “hidroterapias” -tecnologías médicas que se encuentran excluidas del plan de beneficios-, la Sala encuentra que no se satisfacen los requisitos jurisprudencialmente establecidos para la prestación de dichos tratamientos.

En primer lugar, las “terapias ABA” -en el entendimiento de que incluyen hidroterapias, hipoterapias, aromaterapias, etc.- debieron ser ordenadas por un profesional de la salud perteneciente o no a la red de la EPS. Ello no sucede en este caso, pues no existe ninguna orden que especifique la prestación de alguna modalidad de “terapia ABA”, pero adicionalmente las prescripciones médicas que ordenaban terapias ABA en general por médicos de la EPS y otros ajenos a ella no están vigentes.

En segundo lugar, es necesario que: (i) se justifique con criterios médico-científicos que las “terapias ABA” causan progreso en la salud del paciente y (ii) que dichos tratamientos no pueden ser sustituidos por otros incluidos en el Plan de Beneficios. Respecto del primer punto, no existe evidencia científica que soporte la seguridad de tratamientos como hidroterapias, hipoterapias, aromaterapias, antes relacionados con ABA. En cuanto al segundo punto, de acuerdo con el “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta

de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista” los tratamientos médicos incluidos en el plan de beneficios con “enfoque ABA” pueden sustituir los tratamientos ABA mencionados.

En tercer lugar, para conceder la prestación de las “terapias ABA” -en el entendimiento de que incluyen hidroterapias, hipoterapias, aromaterapias, etc.- su ausencia debe transgredir la salud o integridad del paciente y, adicionalmente, es necesario que no pueda sufragar sus gastos. En este caso, no fue probado que la ausencia de las terapias ABA concebidas en el mencionado entendimiento afecten la salud o integridad del agenciado. Adicionalmente, aunque actualmente sesiones de hidroterapia son sufragadas por la madre del agenciado, no se puede afirmar que tenga los recursos para cubrir sus costos ni que no los tenga, pero la ausencia de los demás requisitos para conceder dicho tratamiento por medio de la EPS Medisalud UT y con cargo al FOMAG, hace necesario que la Sala deba negar dichos tratamientos.

79. Por otro lado, es necesario precisar que si se entiende la prestación de “terapias ABA” de conformidad con el “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista”[304] no fue ordenada ninguna tecnología excluida del plan de beneficios del magisterio. Por lo anterior, la EPS debe brindar dichos procedimientos de manera diligente.

En este sentido, conforme al “Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista”, el análisis conductual aplicado (ABA) no es una técnica, ni un conjunto de técnicas, ni un procedimiento, es un enfoque terapéutico. Adicionalmente, no hacen parte de dicho enfoque por falta de evidencia científica que certifique la eficacia médica de dichos procedimientos: (i) las intervenciones con agentes quelantes; (ii) la terapia con cámaras hiperbáricas; (iii) la terapia libre de gluten; (iv) la terapia celular; (v) las inyecciones de secretina; (vi) los suplementos vitamínicos; (vii) la estimulación magnética transcraneal; (viii) la terapia de integración sensorial; (ix) el trabajo con animales (perros, delfines, caballos, etc.); (x) la musicoterapia; y finalmente (xi) la aromaterapia[305].

80. De acuerdo con lo anterior, se debe señalar que en el caso concreto los médicos tratantes de la EPS no formularon ninguno de los tratamientos enlistados como no

pertenecientes a “ABA”, ni han propuesto su aplicación como parte del tratamiento terapéutico prescrito. A su vez, los médicos no pertenecientes a la EPS que trataron al menor de edad tampoco prescribieron específicamente alguno de los mencionados tratamientos. Por el contrario, fue realizada una valoración médica por parte de los profesionales de la EPS en la que se prescribió un tratamiento que incluye varias especialidades con “enfoque ABA” que ha sido proporcionado por la EPS.

81. Por último, la Sala recuerda que de conformidad con las reglas jurisprudencialmente establecidas en la sentencia T-802 de 2014, sin los soportes correspondientes ningún juez constitucional es la autoridad competente para ordenar a una EPS la autorización de un tratamiento alternativo tipo ABA y de neurodesarrollo no incluido en el PBS, ni la competente para ordenar a la misma la realización del tratamiento en una institución con la cual no se tiene convenio.

Conclusión

82. La Sala Sexta de Revisión de Tutelas concluyó que la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán de Yopal y la Secretaría de educación Municipal de Yopal vulneraron el derecho a la educación del niño agenciado, al no adoptar los ajustes razonables dictaminados y permitir su desescolarización. En consecuencia, se ordenará la vinculación inmediata del acompañante terapéutico en la jornada escolar del menor de edad en los términos mencionados en la parte motiva de esta decisión.

Por otro lado, la Sala concluyó que la EPS Medisalud UT vulneró el derecho a la salud del menor de edad agenciado, al no entregar los medicamentos recetados por el médico tratante de manera oportuna. No obstante, en el curso del trámite de revisión de este caso ante la Corte Constitucional los medicamentos fueron suministrados. Por lo anterior y debido a que la mencionada vulneración de derechos ya cesó, con la entrega de los medicamentos solicitados y la prestación del tratamiento terapéutico ordenado, que incluye trabajo terapéutico en estrategias de comunicación y lenguaje con enfoque ABA como reportado durante la inspección judicial realizada, advertirá a la accionada para que no incurra en conductas negligentes que afecten el derecho a la salud del menor de edad agenciado. Igualmente se concluyó que no se violó el derecho a la salud al no prestar las terapias ABA, en el sentido requerido por la madre del agenciado.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2018 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal que amparó el derecho a la salud del niño y confirmó parcialmente el fallo de primera instancia que, por su parte, tuteló los derechos a la educación, a la igualdad y a la dignidad humana del menor de edad agenciado, por los motivos expuestos y en los términos de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Secretaría de Educación de Yopal que en coordinación con la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán en el término de quince (15) días hábiles proporcione un acompañante de naturaleza terapéutica en la jornada escolar de acuerdo con las especificaciones realizadas en el concepto aportado por la Liga Colombiana de Autismo y las valoraciones más recientes realizadas por los médicos tratantes. Lo anterior, durante el tiempo que estos últimos en conjunto con sus docentes lo indiquen y de conformidad con el Plan Individual de Ajustes Razonables.

TERCERO.- ADVERTIR a la EPS Medisalud UT que se abstenga de incumplir el suministro de los medicamentos prescritos por los médicos tratantes al menor de edad agenciado.

CUARTO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional (Folios 8 a 16 del Cuaderno de Revisión el día 16 de febrero de 2018, de acuerdo con los criterios orientadores del proceso de selección de carácter (i) subjetivo, denominados ‘Urgencia de proteger un derecho fundamental y Necesidad de materializar un enfoque diferencial’.

[2] En dicho numeral se dijo “TERCERO-. Una vez cumplida la orden contenida en numeral anterior, ORDENAR a la autoridad judicial que surta la única o la segunda instancia REMITIR el expediente a la Corte Constitucional al despacho de la magistrada sustanciadora para su revisión”.

[3] Diana Patricia Puentes Suárez.

[4] En atención a la protección del derecho a la intimidad del niño se utilizarán las siglas RASM, por oposición a su nombre.

[5] Cuaderno No. 1, folios 13 y 14. Obra copia de historia clínica de RASM en la que se indica: “condición clínica del paciente: Paciente con trastorno del espectro autista y estreñimiento crónico”.

[6] Cuaderno No. 1, folios 15 y 16. Obra copia del oficio remitido por el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán a los padres de RASM. Entre otras cosas la comunicación indica: “durante este periodo de observación, se evidencia que su condición implica para RASM una alta dependencia funcional en el desarrollo de sus actividades académicas y de la vida cotidiana, debido a que hay dificultad en la comprensión de instrucciones básicas tanto de imitación como de verbalización, no muestra una adecuada adaptación al entorno escolar debido a que la permanencia en el puesto de trabajo y aula es intermitente, en ocasiones requiere de acompañamiento en la realización de necesidades fisiológicas (...) de igual

manera en ocasiones presenta episodios agresivos (conductas disruptivas) ante la insistencia de que siga instrucciones (...)".

[7] Cuaderno No. 1, folios 17 a 19. Obra copia de la solicitud presentada por los padres de RASM ante la EPS Colombiana de Salud S.A.

[8] Cuaderno No. 1. Folio 20.

[9] Cuaderno No. 1, folios 21 a 24. Obra copia de la solicitud presentada por los padres de RASM, ante la Secretaría de Educación y Cultura de Yopal.

[10] Cuaderno No. 1. Folio 24.

[11] Cuaderno No. 1. Folios 28 y 29.

[12] Cuaderno No. 1. Folios 32 a 45. Comunicación del 3 de agosto de 2017 suscrita por Guillermo Velazco Tovar en calidad de apoderado de la Alcaldía de Yopal.

[13] Al respecto indicó que el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán solicitó el acompañamiento del tutor sombra debido a la alta dependencia funcional en desarrollo de las actividades académicas, la dificultad de comprensión de instrucciones básicas tanto de imitación como de verbalización, la ansiedad y la agresividad del niño.

[14] De otro lado, recalcó que la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal contrató, en la modalidad de prestación de servicios profesionales, un auxiliar de apoyo, con el fin de guiar el proceso académico y de aprendizaje de los menores de edad de la institución educativa Jorge Eliecer Gaitán. Por lo cual, cumplía con la obligación establecida en el artículo 4° del Decreto 366 de 2009.

[15] Cuaderno No. 1. Folios 46 a 49.

[16] La sentencia dijo que las Leyes 115 de 1994, 1306 de 2009 y 1618 de 2013[16], establecen las obligaciones de: (i) estructurar y ejecutar procesos de educación inclusiva para niños y niñas en situación de discapacidad; y (ii) disponer el personal docente de apoyo necesario, en cabeza de los entes territoriales y los centros educativos, por lo que son estas entidades las llamadas a responder en el caso en concreto.

[17] Cuaderno No. 1. Folios 52 a 57. Se incluyen en el documento pantallazos de envío y recepción de su contestación a la acción de tutela, el 08 de agosto de 2017, 10:50. Manifestó que la Coordinadora médica de la entidad se acercó personalmente al despacho el 23 de agosto de 2017, oportunidad en la que se verificó la recepción de la contestación mediante correo electrónico.

[18] Así consta en el Plan de Beneficios del Magisterio, página 21 de la Guía del Usuario y los términos de referencia de la Contratación de los Servicios de Salud en el territorio nacional, Proceso de Selección No. LP-FNPSM-003-2011 Apéndice 3 del Plan de Atención en Salud para el Magisterio Literal 5.3.

Al respecto, se transcriben las exclusiones del plan de beneficios del magisterio:

“Tratamientos de infertilidad. Entiéndase como los tratamientos y exámenes cuyo fin único y esencial sea el embarazo. 2. Tratamientos y Medicamentos relacionados con la impotencia y frigidez. 3. Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad. 4. Todos los tratamientos quirúrgicos de medicamentos considerados experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país, así se realicen fuera del territorio nacional 5. Se excluyen expresamente todos los tratamientos médico quirúrgicos realizados en el exterior que no puedan ser realizados el país. 6. Se excluyen todos los medicamentos no autorizados por el INVIMA o el ente regulador correspondiente que no se comercialicen en el territorio Nacional. 7. Tratamientos de ortodoncia; rehabilitación oral con fines estéticos y Prótesis dental. 8. Tratamientos para la obesidad, con fines estéticos, entendiéndose en estos las intervenciones de todo tipo que no sean indicadas para el tratamiento de la obesidad mórbida o los encaminados a restituir la funcionalidad endocrina. 9. El contratista no podrá formular o suministrar medicamentos cuya comercialización haya sido suspendida por una autoridad competente en el ámbito nacional. 10. No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados en los Programas de Promoción y Prevención) líquidos para lentes de contacto, lágrimas artificiales, tratamientos capilares, champús, jabones, leches, cremas hidratantes, anti solares, drogas para la memoria o impotencia sexual, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental. Los anti solares y cremas hidratantes serán cubiertos cuando sean necesarios para el tratamiento de la patología integral del paciente. 11. Glucómetro, tirillas

para glucómetro y calzado ortopédico. 12. Los pañales de niños y adultos. 13. Medicamentos y procedimientos derivados de la atención por medicina alternativa. 14. Todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido. 15. En caso de existir complicaciones posteriores a la realización de cualquier actividad, intervención o procedimiento derivados de las exclusiones del pliego de condiciones, el usuario asumirá los costos de la misma, ejemplo complicaciones de las cirugías estéticas”. Folios 55 a 56 del Cuaderno No. 1.

[19] En ese sentido consideró el Juez que, no existía vulneración alguna de sus derechos fundamentales pues “no se puede pretender que por cada estudiante con alguna discapacidad se le ordene 1 acompañante sombra” por lo que, los cuidados que necesita el menor de edad, son obligación de la familia, la cual, en el presente caso “pretende trasladar a las entidades accionadas” sus responsabilidades para con el menor de edad sin tener en cuenta que éstas “prueban haber procedido dentro de sus funciones y competencias”.

[20] Cuaderno de Revisión. Folios 8 a 16. La Sala de Selección Número Dos estuvo conformada por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

[21] Mediante este Auto se ordenó: OFICIAR a (i) la Secretaría de Educación y Cultura de Yopal, (ii) al Municipio de Yopal (Casanare), (iii) a Colombiana de Salud S.A. EPS, (iv) al Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán de Yopal y (v) a la agente oficiosa Diana Patricia Puentes Suárez de R.A.S.M., o a quien haga sus veces en su calidad de Defensora del Pueblo Regional de Casanare, para que informen y remitan la información solicitada.

[22] Cuaderno de Revisión. Folios 40 a 97. Ángel Hernando Combariza Alvarado, mediante escrito del 10 de abril de 2018.

[23] Se formularon preguntas respecto de los siguientes temas: (i) los servicios específicos con los que cuenta la institución para niños con necesidades educativas diferenciadas; (ii) la disponibilidad total de acompañantes sombra y su proceso de vinculación con la institución; (iii) la cantidad de menores de edad que requieren acompañante sombra en la institución; (iv) el perfil profesional del docente de aula y docente de apoyo encargados de RASM; y (v) las necesidades académicas y cambios en su desempeño identificados en el menor de edad.

[24] Este docente tenía como profesión, psicología y contaba con aproximadamente 5 años de experiencia, sin embargo, a pesar de tener dos niños con trastorno del espectro autista, el colegio no contaba con un tutor sombra.

[25] En el informe se relacionaron: una valoración inicial, un Plan Educativo Personalizado, un plan de trabajo personalizado, el Manejo de Guías Pedagógicas, comunicaciones con docentes y padres de familia, el acompañamiento permanente en el aula, la comunicación con el equipo terapéutico, los logros alcanzados y las dificultades que persisten para el caso en concreto.

[26] Cuaderno de Revisión. Folios 383 a 418, a través de oficio 1120-164-7 del 10 de abril de 2018 firmado por Gloria Aide Florez Guerrero.

[27] Se formularon preguntas respecto de los siguientes temas: (i) el proceso de contratación de acompañantes sombra que surte el Municipio de Yopal y su asignación en cada institución educativa municipal; (ii) el número de acompañantes sombra con que cuenta la entidad territorial actualmente; (iii) el contrato y perfil profesional del supuesto acompañante sombra del menor de edad agenciado; y (iv) las multas o sanciones que se hayan aplicado al Instituto Educativo Jorge Eliécer Gaitán por incumplimiento de la política pública de inclusión del municipio.

[28] Al respecto, afirmó que de acuerdo con el numeral 4° del artículo 2.3.3.5.1.4 del Decreto 1421 de 2017[28], “los ajustes razonables que provee el sector educativo corresponden a acciones, adaptaciones, estrategias y apoyos de tipo pedagógico y didáctico, no apoyos en salud, terapéuticos o de cuidado permanente que una persona pudiera llegar a requerir por su condición de salud.”

[29] Cuaderno de Revisión. Folios 107 y 108. El 10 de abril de 2018.

[30] Cuaderno de Revisión. Folios 107 a 115.

[31] Cuaderno de Revisión. Folio 108

[32] Cuaderno de Revisión. Folios 111, 113 y 114.

[33] Cuaderno de Revisión. Folio 108.

[34] Cuaderno de Revisión. Folio 116.

[35] Cuaderno de Revisión. Folios 203 a 211

[36] De acuerdo a las pruebas aportadas por Medisalud UT, presta el servicio de salud como contratista del Magisterio desde el 01 de marzo de 2018, fecha en la que reemplazó a Colombiana de Salud EPS.

[37] Se invitó al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social –PAIIS- de la Universidad de los Andes, al director de la maestría en Discapacidad e Inclusión Social y a la línea de investigación de educación inclusiva de la Universidad Nacional de Colombia, a la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario, a la Fundación Saldarriaga Concha, y a la Facultad de Ciencias y Educación de la Universidad Francisco José de Caldas.

[38] A Folios 308 a 377 del Cuaderno de Revisión, obra escrito del 27 de abril de 2018, firmado por el Rector Ángel Hernando Combariza Alvarado.

[39] Cuaderno de Revisión. Folio 309. Afirmó que “[P]or ser un estudiante del programa de inclusión educativa y de acuerdo con los lineamientos establecidos por la secretaria de Educación Municipal, se realizó reunión con la madre del niño y se procede a la firma de actas de compromisos”.

[41] Cuaderno de Revisión. Folio 309.

[42] Cuaderno de Revisión. Folio 309.

[43] Cuaderno de Revisión. Folio 309.

[44] Cuaderno de Revisión. Folio 309. Aclaró que desde el año 2017, se viene “tramitando el acompañamiento de un docente sombra o acompañante permanente, lo cual hasta el momento no ha sido posible”.

[45] Cuaderno de Revisión. Folio 309.

[46] Cuaderno de Revisión. Folios 264 a 272. Oficio No. 2018ER092770 del 30 de abril de 2018.

[47] Acorde con lo establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (2010) y la ley estatutaria 1618 de 2013.

[48] De acuerdo con lo establecido en el Decreto 1421 de 2017, la educación inclusiva requiere el desarrollo de unos ajustes razonables que, se caracterizan por: (i) ser de naturaleza educativa y no terapéutica, es decir, están enfocados a la adquisición de conocimientos y competencias; (ii) pertenecen al establecimiento educativo y no a la persona con discapacidad y (iii) están disponibles en el marco de la prestación del servicio educativo, es decir, durante la jornada escolar.

[49] Cuaderno de Revisión. Folio 265. Argumentó que la sombra peticionada no se trata de un apoyo pedagógico ni didáctico, sino un “servicio prestacional orientado a la atención en salud, habilitación y rehabilitación, así como para el cuidado y protección de las personas con discapacidad, muchas de ellas con autismo. [el cual] se caracteriza por ser prestado durante largas jornadas, entre 8 y 12 horas, a veces 24 horas. [y] (...) se convierte en un acompañante permanente para la persona quien la tiene disponible”.

[50] Cuaderno de Revisión. Folio 266. Respecto de la “sombra”, el mencionado protocolo además indica que: “No se encuentra evidencia que demuestre su efectividad en las personas con diagnóstico de trastorno del espectro autista (...)”. Algunos aspectos negativos de la “sombra terapéutica” son: (i) la sombra puede convertirse en el tutor de la persona y modificar el plan de intervención según su criterio, lo cual va en contra de los lineamientos de una intervención interdisciplinaria; (ii) la dependencia con la sombra puede interferir las interacciones con los maestros y pares, evitar el proceso de generalización de habilidades y obstruir su independencia; (iii) la sombra puede implicar un estímulo diferencial y discriminatorio y no contribuir a promover la responsabilidad del entorno respecto a la inclusión de la persona en situación de discapacidad; (iv) es un elemento de apoyo, por lo que puede perjudicar los niveles de frustración del niño, al brindar solución a todas sus dificultades diarias; (V) la Resolución 5267 de 2017, excluyó “expresamente del plan de beneficios la provisión de servicios de acompañantes, cuidados o sombras terapéuticas”.

[51] Cuaderno de Revisión. Folios 383 al 418. Intervino la señora Gloria Aidee Flórez Guerrero mediante Oficios No. 1120-164-7 del 25 de abril de 2018 y 1120-164-7 del 27 de

abril del mismo año.

[52] Cuaderno de Revisión. Folio 384. Mediante el Oficio No. 2018208955 del 3 de mayo de 2018, suscrito por el secretario de Despacho, el señor Juan Francisco Amaya Vargas dio respuesta al cuestionamiento emitido por la Corte.

[53] Cuaderno de Revisión. Folios 261 a 263.

[54] De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015.

[55] Cuaderno de Revisión. Folios 273 a 307. Oficio No. 201811300481621 del 26 de abril de 2018, enviado por el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, Luis Gabriel Fernández Franco.

[56] Cuaderno de Revisión. Folio 277. Agregó: “De ahí que como lo señala el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud – IETS (...) ‘... la relación del concepto de sombra terapéutica con ‘maestro sombra’ es que un asistente educativo que trabaja directamente con un único niño con necesidades especiales durante sus años de preescolar y primaria...”.

[57] Cuaderno de Revisión. Folio 277.

[58] Cuaderno de Revisión. Folio 277.

[59] Cuaderno de Revisión. Folio 277.

[60] Cuaderno de Revisión. Folio 276.

[61] Cuaderno de Revisión. Folios 379 a 382. Escrito del 26 de abril de 2018.

[62] Cuaderno de Revisión. Folio 380.

[63] Cuaderno de Revisión. Folios 420 a 425 y 437 a 442.

[64] La Universidad precisó que, al brindar un acompañante terapéutico se debe diferenciar entre el apoyo educativo y el terapéutico, pues dentro de los oficios a su cargo están: acompañar a la persona el tiempo requerido; abrir un espacio diferente en la cotidianidad;

incentivar las tareas e interés propios del estudiante; contribuir a su mantenimiento psíquico y físico; propiciar la autonomía para que el estudiante pueda desarrollar sus potencialidades y valerse por sí mismo, y aportar al desarrollo del lazo social. Además, recomendó que el servicio de acompañante terapéutico, sea prescrito por un psiquiatra, psicólogo o el profesional de la salud que funge como médico de cabecera del estudiante.

En ese sentido, considera que el “acompañante terapéutico” puede brindar apoyo total en las tareas cotidianas, tales como higiene personal, controlar la medicación; acompañar actividades de recreación, ayudar a comer, pues trabaja desde una perspectiva interdisciplinar con los docentes del aula y de apoyo para garantizar la inclusión plena de los estudiantes con discapacidad con la dirección del terapeuta de cabecera del menor que solicitó el acompañamiento. En general, sirve de nexo entre el estudiante y los distintos profesionales que lo atienden.

[65] Cuaderno de Revisión. Folio 421.

[66] Respecto a la alternativa para garantizar el derecho a la educación, la Universidad Distrital indicó que, de acuerdo con las particularidades de cada caso se pueden implementar diferentes elementos para su tratamiento, como el aula domiciliaria contemplada en el Decreto 1421 de 2017, sin embargo, anotó que esta medida está establecida para sobrepasar momentos de crisis del estudiante, no como un reemplazo o abandono de la vida en una institución regular. Por el contrario, manifestó que no es conveniente que las personas con TEA sean enviadas a instituciones especializadas en educación, “por cuanto, la posibilidad de aprender a ser humanos – en tanto seres sociales – se verán limitadas” Por ello, en el caso concreto aconsejó que, si el menor debe ser desescolarizado se estudie la posibilidad de brindarle la oferta hospitalaria o domiciliaria establecida en el Decreto 1421 de 2017. Respecto al derecho a la educación de las personas con autismo, recomendó que se garantice el acceso, permanencia y graduación en una institución regular, para lo cual, las entidades territoriales deberán gestionar los ajustes a las condiciones de accesibilidad físicos y tecnológicos, los procesos pedagógicos y dotación de materiales requeridos.

[67] Cuaderno de Revisión. Folio 421.

[68] Cuaderno de Revisión. Folio 421.

[69] Cuaderno de Revisión. Folio 424.

[70] Cuaderno de Revisión. Folio 425.

[71] Cuaderno de Revisión. Folios 426 a 433. Escrito del 27 de abril de 2018, firmado por el Director de Investigaciones Lucas Correa Montoya y la investigadora junior María Valencia Ibáñez. Esta intervención fue recibida a título de *amicus curiae*.

[72] Aduce que históricamente estas personas han sido excluidas de las instituciones regulares por múltiples barreras (arquitectónicas, comunicativas, actitudinales) y de esta manera “se les ha negado el derecho a la educación y se les ha segregado en instituciones especializadas en donde el servicio educativo se ha desdibujado y ha sido reemplazado por la atención en salud, por la rehabilitación o por servicios de cuidado y ocupación del tiempo”.

[73] De acuerdo con el Laboratorio, la Convención reconoció el derecho a la educación inclusiva como derecho fundamental de todo estudiante, que pone a las personas en situación de discapacidad en el centro de las garantías, como sujetos de derechos, y protege su dignidad y autonomía. Por lo tanto, la obligación del Estado “es la de garantizar que el verdadero y único titular – el estudiante- disfrute el derecho en condiciones de igualdad” y evitar la adopción de medidas que impidan el mismo.

[74] El derecho humano a la educación inclusiva de las personas con discapacidad, protege y respeta “los más altos estándares del derecho a la igualdad y de él deriva la prohibición de excluir o segregar a las personas del sistema educativo regular en razón de su discapacidad” por el contrario, las modalidades de educación especial, segregan, y en ese sentido vulneran el derecho a la educación de los mismos.

[75] Manifiesta que ni la exclusión -entendida como en la que se priva a los estudiantes de cualquier tipo de educación; ni la segregación, -en la que los estudiantes con discapacidad son separados de sus pares sin discapacidad-; ni la integración, en la que estos se incluyen al aula regular, pero con la obligación de adaptarse a ella, materializan el derecho de educación de las personas con discapacidad. “Solo la inclusión, en la que los estudiantes se

encuentran en un entorno que se adapta a ellos, satisface verdaderamente este derecho” Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General No. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4) en intervención del Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[76] Cuaderno de Revisión. Folio 432.

[77] Cuaderno de Revisión. Folios 455 a 461. Escrito recibido el 08 de mayo de 2018 por la Corte Constitucional.

[78] Cuaderno de Revisión. Folio 458. Al respecto indica que de acuerdo con lo expuesto en la Resolución 5267 de 2017, no le corresponde al sector salud hacerse cargo de dicho profesional, porque no existe evidencia científica que demuestre que dicho apoyo es necesario. Sin embargo, tampoco es un servicio del sistema educativo, puesto que el objetivo que desempeña es terapéutico.

[79] Cuaderno de Revisión. Folio 459.

[80] Cuaderno de Revisión. Folios 462 a 473. Oficio No. B.DFM-343-2018 del 7 de mayo de 2018, suscrito por el Decano de la Facultad de Medicina, Ariel Iván Ruiz Parra.

[81] Caicedo Obando, Lilian; Fernández Moreno, Aleida; y Harari, Clarisa (2015) Acompañante (apoyo o sombra) en el espacio escolar, tensiones y posibilidades” citado en la intervención allegada por la Universidad.

[82] La Universidad precisó el concepto de “educación inclusiva” como el “proceso permanente que reconoce, valora y responde de manera pertinente a la diversidad de características, intereses, posibilidades y expectativas de los niñas, niños, adolescentes, jóvenes y adultos, cuyo objetivo es promover su desarrollo, aprendizaje y participación, con pares de su misma edad, en un ambiente de aprendizaje común, sin discriminación o exclusión alguna, y que garantiza, en el marco de los derechos humanos, los apoyos y los ajustes razonables requeridos en su proceso educativo, a través de prácticas, políticas y culturas que eliminan las barreras existentes en el entorno educativo”. Artículo 2.3.4.5.1.4. numeral 7° del Decreto 1421 de 2017.

[83] Cuaderno de Revisión. Folio 468. “Esta persona sombra realiza su actividad

directamente acompañando a una sola persona, es decir, queda asignada para realizar un acompañamiento exclusivo e individual que va más allá de las actividades de la vida diaria, por tanto, va más allá de las labores pedagógicas y docentes”.

[84] Cuaderno de Revisión. Folio 468.

[85] Cuaderno de Revisión. Folio 469.

[86] Cuaderno de Revisión. Folio 469.

[87] Cuaderno de Revisión. Folio 470. En ese sentido, el entorno educativo debe garantizar los apoyos y ajustes razonables requeridos por cada niño, para que puedan potenciar sus capacidades sin discriminación alguna y dentro de una relación equitativa entre pares.

[89] Cuaderno de Revisión. Folio 470.

[90] Cuaderno de Revisión. Folio 470.

[91] Cuaderno de Revisión Folios 248 a 260. Mediante Oficio del 27 de abril de 2018, suscrito por la Oficina de Defensa Judicial, la entidad precisó que, esta situación trae como consecuencia la imposibilidad de ejercer sus derechos a la defensa y contradicción y la consecuente vulneración del debido proceso judicial.

[92] Cuaderno de Revisión. Folios 737 a 743.

[93] Cuaderno No. 1. Folio 64 y 65.

[94] Cuaderno No. 1. Folios 69 a 81. Oficio 1001981 suscrito por apoderado especial. En respuesta al traslado realizado a la Secretaria de Educación y Cultural del Municipio.

[95] Cuaderno No. 1. Folios 82 y 83. Con el escrito del 5 de julio de 2018 se adjunta historia No. 1557 de 4 de julio de 2018, en la que se evidencia, la confirmación del diagnóstico de “Autismo en la Niñez y se ordena: “ajusto dosis de risperidona a 1 mg/día, solicito valoración psiquiatría, DEBE INICIAR DE MANERA PERENTORIA TERAPIAS ORDENADAS (ABA) VER GUIA Y REOMENDACION (SIC) DE MIN SALUD, BUSCAR INDEPENDENCIA”

[96] Cuaderno No. 1. Folios 84 a 89. Respuesta del 28 de junio de 2018.

[97] Como sustento de su argumento señala lo establecido en la sentencia T-586 de 2013 en la que la sala sexta de revisión luego de revisar el cumplimiento de los requisitos para la autorización de tratamientos por fuera del plan de beneficios de salud, en el caso en concreto ordenó a la EPS autorizar “la realización de todo tratamiento integral, incluidas las terapias convencionales y no convencionales que el respectivo médico tratante le prescriba al niño (...) con el fin de brindarle un mejor desarrollo integral, de manera que le permita mejorar su calidad de vida acorde con su dignidad como persona”.

[98] Cuaderno No. 1. Folios 90 a 94.

[99] En ese sentido, determinó que, una vez recibidas las valoraciones ordenadas, la Secretaria de Educación del municipio de Yopal deberá realizar las acciones y trámites necesarios para garantizar la prestación efectiva del servicio educativo que requiere el niño.

[100] El juzgador se refiere a lo establecido en el Decreto 1421 de 2017, especialmente los artículos 2.3.3.5.2.3.4. (permanencia en el servicio educativo para personas con discapacidad) 2.3.3.5.2.3.5. (El Plan Individual de ajustes Especial (PIAR) y su contenido), y 2.3.3.5.2.3.1.0. (Principio de No Discriminación).

[101] Cuaderno No. 1. Folio 99.

[102] Cuaderno No 2. Folios 3 a 18. Al escrito adjunta: (i) valoración psicológica realizada el 04 de septiembre de 2018 en el que “se solicita acompañamiento de docente sombra en el área escolar que se encuentre capacitado o posea los recursos teóricos de el (sic) espectro autista, de igual manera el abordaje terapéutico para la modificación de conductas y terapias ABA” y se remite a psiquiatría. (ii) Valoración Psiquiátrica de 05 de septiembre de 2018 en la cual se menciona que “lo están acompañando temporalmente para que pueda asistir al colegio (...) está tomando risperidona oral en las horas de asistencia al colegio” y se ordena auxiliar de enfermería “sombra” 12 horas al día nuevamente durante 3 meses, terapia ocupacional con técnicas ABA de forma continua. (iii) historia médica de 3 de junio de 2018, en la que se ordena seguir con terapias ABA y seguimiento con neurología pediátrica. (iv) valoración física, fonoaudiología y ocupacional. En la cual, 1) el especialista fonoaudiólogo recomienda, para mejor desempeño a nivel escolar, familiar y social, un cuidador sombra que retroalimente constantemente al menor en cada labor determinada.

2) iniciar manejo domiciliario multidisciplinar con las áreas que intervinieron para evitar retrocesos. (v) control de medicina general de 31 de agosto de 2018, en el cual, el plan de manejo determina “requiere para mejorar desenlace final (outcome) pronóstico implementar este tipo de TERAPIA [ABA] fundamentado en estrategia cognitivo conductual; es la única estrategia con nivel de evidencia fuerte recomendada por expertos” (se transcribe protocolo de Guías de Min Salud, Colombia 2015, en el que se evidencia que “Las intervenciones basadas en ABA demostraron diferencias estadísticamente significativas comparadas con la terapia habitual, para mejorar los desenlaces de habilidades cognitivas (...”).

[103] Cuaderno No. 2. Folios 19 a 24.

[104] Cuaderno de Revisión. Folios 758 a 761.

[105] Cuaderno de Revisión. Folios 781 a 786. Escrito recibido el 26 de noviembre por la Corte Constitucional y firmado por el Rector Ángel Hernando Combariza Alvarado.

[106] Cuaderno de Revisión. Folio 782.

[107] Cuaderno de Revisión. Folio 782.

[108] Cuaderno de Revisión. Folio 783.

[109] Cuaderno de Revisión. Folios 787 a 793. Escrito electrónico recibido el 26 de noviembre por la Corte Constitucional y suscrito por la Secretaria de Educación y Cultura, Gloria Aidee Florez Guerrero.

[111] Cuaderno de Revisión. Folio 788.

[112] Cuaderno de Revisión. Folios 825 a 846. Escrito electrónico recibido el 30 de noviembre por la Corte Constitucional y suscrito por la Defensora del Pueblo Regional de Casanare, Diana Patricia Puentes Suárez.

[113] Cuaderno de Revisión. Folio 826.

[114] Cuaderno de Revisión. Folio 826.

[115] Cuaderno de Revisión. Folio 826.

[116] Cuaderno de Revisión. Folios 869 a 872.

[117] A Folios 308 a 377 del Cuaderno de Revisión, obra escrito del 20 de diciembre de 2018, firmado por el Rector Ángel Hernando Combariza Alvarado.

[118] Cuaderno de Revisión. Folios 869 a 872.

[119] Cuaderno de Revisión. Folios 983 a 985.

[120] Cuaderno de Revisión. CD 1. Al respecto el rector aseguró que en el plantel educativo los cursos hasta el grado tercero cuentan con un “docente de aula”; su labor es apoyada por un “docente orientador”, el cual se encarga de atender los problemas disciplinarios y sociales de los 1.400 niños y niñas que posee la institución educativa; en tercer lugar, existe el “docente de apoyo” que atiende a los niños con discapacidad. El docente de apoyo no es de planta, de manera que su vinculación es intermitente. De acuerdo al relato del rector, hasta el momento de la diligencia el docente de apoyo no había sido vinculado contractualmente.

[121] Cuaderno de Revisión. CD 1. Afirmó que el colegio realizó un proceso de sensibilización con resultados exitosos respecto de los padres y madres de los compañeros del menor de edad con el propósito de lograr su inclusión en el salón de clases.

[122] Cuaderno de Revisión. CD 1. Ante la pregunta ¿en el evento en que la madre del niño no pudiera continuar pagando por el cuidador que tiene en este momento, el niño podría asistir al colegio? el rector respondió: “yo diría que no tendríamos cómo garantizarle a él las condiciones mínimas si quiera para que el niño estuviera en el colegio”.

[123] Cuaderno de Revisión. CD 1. Indicó que el menor de edad presenta inconvenientes en la convivencia con los otros compañeros, pues no comprende instrucciones de conducta. Además, presenta problemas en materia comunicacional propios del trastorno que tiene.

[124] Cuaderno de Revisión. CD 1. De conformidad con la defensora, los médicos tratantes “han indicado que dentro de ese plan terapéutico se requiere de un acompañamiento sombra en el área escolar que se encuentre capacitado o que posea los recursos teóricos

del espectro autista”.

[125] Cuaderno de Revisión. Folios 1099 a 1100. Adjuntó por medio de correo electrónico comprobante de pago de la que se infiere que goza de un ingreso mensual neto de \$1.576.829 como empleada de la Secretaría de Educación de Yopal como docente de aula.

[126] Cuaderno de Revisión. CD 1. La madre del menor de edad agenciado refirió que dicho hecho también ha causado profundos episodios depresivos en ella y en el menor de edad.

[127] Cuaderno de Revisión. CD 1. Añadió que el niño está con la terapeuta física de 8 a 10 am, de 10 a 12 m se encuentra en el colegio, de 2 a 4 pm está con la terapeuta ocupacional y de 4 a 6 está en hidroterapia que es costeada por ella. Afirmó que trabaja en el corregimiento de la Chaparrera en donde trabaja durante toda la mañana y quiere buscar un traslado para estar más cerca del niño.

[128] Cuaderno de Revisión. Folios 983 a 985 y CD 1.

[129] Cuaderno de Revisión. Folio 1040. El documento indicó que se realizó una mesa de trabajo el día 11 de febrero de 2019 entre “los docentes, coordinador, rector, madre de familia, acompañante sombra, funcionarios de las secretarías de salud, educación, y por parte de Medisalud UT los profesionales que atienden [a]l RASM”. Su objetivo, fue dar cuenta de los servicios de salud prestados y pendientes de realizar al niño agenciado y las medidas implementadas por el colegio y la Secretaría de Educación en lo concerniente a su proceso educativo.

[130] Cuaderno de Revisión. Folio 1042. En la Valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019 la EPS MEDISALUD UT hizo un breve recuento de la historia clínica del niño agenciado y aseguró que como garante de la prestación del servicio de salud para la población docente y sus beneficiarios, adoptó los criterios dados por el Protocolo Clínico para el diagnóstico, tratamiento, y ruta de atención integral de niños y niñas con trastornos del espectro autista.

En dicho informe, el especialista en terapia fonoaudiológica determinó la función de las

terapias ABA en el manejo del proceso terapéutico del menor de edad. Adicionalmente, respecto del “acompañante sombra” dictaminó: “Acorde a las observaciones mencionadas anteriormente y lo que se quiere lograra en RASM, sugiero que cuente con un acompañamiento de maestro (a) sombra con los siguientes requisitos; que tenga una preparación pedagógica, preparación psicológica, que tenga estudios sobre educación inclusiva, con buen nivel de conocimiento sobre los Trastornos del Espectro del Autismo, que no tenga ningún vínculo familiar o cercano con el paciente, que cuente con habilidades para el seguimiento de instrucciones, que sea creativo (a) e implementador de acciones, que sea observador y acostumbrado a llevar registros, que nos comunique todos los cambios en pro y contra, que cuente con el entrenamiento para la solución de contingencias e implementación de acciones o maniobras de contención, esta persona debe respetar el orden jerárquico educativo y ser un apoyo en el aula respetando la autoridad (maestra), como también Potenciar aspectos cognitivos, sociales, emocionales y de autocuidado, fomentar la capacidad académica del (sic.) R.A.S.M. a través de la adaptación de materiales, adecuación metodológica del modelo educativo, refuerzo y promoción de la comunicación funcional y apoyo, coordinar junto con el equipo docente y de orientación psicoeducativa el programa curricular de RASM, así como las adaptaciones curriculares que sean necesarias en función del perfil del paciente”.

[131] Indicó que existe compromiso interno por parte de la EPS para que se suministre el medicamento mensualmente o de conformidad con el criterio médico sin interrupción.

[132] Cuaderno de Revisión. Folio 1047. En ese sentido, determinó que el mencionado protocolo no recomienda el uso de la figura de “sombra terapéutica” en casos como el del niño RASM. Seguidamente, afirmó que: “Dado lo anterior, la inexistencia de evidencia científica, y no anecdótica, que demuestre la efectividad del recurso de ‘sombra terapéutica’ y en cumplimiento estricto a la guía de atención, MEDISALUD UT le viene garantizando al menos la atención requerida para su diagnóstico, mediante la institución IPS SU ASISTENCIA EN SALUD la cual le ofrece intervenciones enmarcadas en el enfoque de análisis conductual aplicado que incluye manejo interdisciplinario por FONOAUDIOLOGIA, FISIOTERAPIA, TERAPIA OCUPACIONAL Y PSICOLOGIA por la sede tipo A de MEDISALUD UT (se anexa informe clínico individualizado). En dicho sentido, garantizado por MEDISALUD UT el apoyo terapéutico que nos compete como entidad de salud, es la institución educativa quien debe garantizar el acceso inclusivo y permanencia en el sistema educativo para el

menor, utilizando para ello los recursos físicos y humanos que se requieran para proveer la seguridad que el menor, en atención a su condición, requiere dentro de la institución educativa (propósito del acompañante sombra)".

[133] Por dicha razón, indicó que el Informe presentado no cuenta con valoraciones del neuropediatra y del psiquiatra ordenados por el Auto del 06 de diciembre de 2018.

[134] Respecto de la entrega del medicamento "Risperidona" reconoció que se presentaron algunos inconvenientes en su entrega, pero que se compromete a su suministro de conformidad con las citas médicas de control. Indicó que se garantizará la prestación del tratamiento fonoaudiológico de dos horas diarias.

[135] Cuaderno de Revisión. Folio 1047. Entre otras observaciones, la especialista en terapia ocupacional refirió que: "RASM es un niño dependiente en sus actividades de autocuidado, desplazamientos, relaciones interpersonales inadecuadas y disruptivas, debe tener más interacción social, con supervisión salir a parques, aunque asiste a natación diariamente, su permanencia en campos libres debe aumentar, su proceso escolar es lento, y su aprendizaje debe ser de forma visual (...) Teniendo en cuenta las dificultades de RASM en su conducta, su hiperactividad y en sus habilidades de comunicación e interacción en el espacio escolar, es importante que el menor cuente con un apoyo o maestro sombra. Diversos términos se han utilizado para denominar a este apoyo profesional: Shadow Teacher, Asistente o Auxiliar Terapéutico (Pedagógico), Asistente Educativo, Maestra de Apoyo, etc. En general denota el requerimiento de parte de la institución educativa de una ayuda específica y particular para el niño con autismo dentro del aula".

Así mismo, la profesional de la EPS MEDISALUD UT destacó, acerca de la naturaleza del "acompañante sombra" supuestamente requerido que: "la maestra sombra es un apoyo educativo, es un recurso psicopedagógico que se aplica en circunstancias muy especiales cuando se observan dificultades que no resultan fácilmente abordables con los recursos ordinarios de la clase y tampoco con el apoyo del aula-recurso u otros recursos disponibles en la institución escolar. Es importante que este apoyo profesional esté ligado más con las necesidades del niño y no con los intereses del colegio. Este perfil obliga a una persona con preparación académica, este aspecto es importante destacarlo de forma sostenida, ya que vemos muchas veces que, en la realidad, se convierten en una especie de niñeras más

ocupadas en resolver los problemas de control de esfínteres del niño o sus problemas conductuales, que realmente ser un apoyo pedagógico y/o terapéutico. El apoyo sombra debe contribuir en los procesos de aprendizaje, de comunicación e interacción del menor, y no volverse su traductor o quien realice todas sus actividades y no le genere independencia y autonomía”.

[136] Cuaderno de Revisión. Folio 1040. La valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019 contiene en su parte inicial la opinión de la institución educativa y de la Secretaría de Educación Municipal. Los entes educativos indicaron la necesidad de un “acompañante sombra” con un carácter eminentemente terapéutico, en este sentido afirmaron: “ahora bien debemos tener presente una de las herramientas que permitirán no solamente el desarrollo del menor desde la parte pedagógica sino desde la parte social y emocional, como es la herramienta terapéutica la cual permitirá un acompañamiento integral del niño por lo cual apoyo que debe brindar el sistema de salud, es esencial para los fines últimos que permitan una optima (sic.) calidad de vida en el estudiante por lo cual es necesario el cuidado permanente ‘acompañante sombra’”.

Al respecto, las autoridades educativas también indicaron que: “Los criterios para establecer la necesidad de que un menor reciba o requiera acompañante o terapeuta sombra son establecidos por la docente de aula y la docente de apoyo pedagógico a través del desarrollo del programa individual de ajustes razonables (PIAR), establecido para el estudiante al inicio del año escolar, algunos de estos son: -Que el estudiante presente un comportamiento altamente disruptivo, que impida el desarrollo funcional de las clases, afectando el derecho a la educación de sus compañeros. - Que el estudiante presente conductas altamente agresivas, que representen riesgo para su seguridad o para la seguridad de las personas del entorno. - Que el estudiante presente conductas escapistas que pongan en riesgo su seguridad. - Que el estudiante requiera cuidados médicos permanentes”.

[137] Cuaderno de Revisión. CD 1. Gloria Enid Suaterna, quien se encuentra en proceso de contratación como docente de apoyo en la Institución Educativa afirmó que el acompañante sombra es pertinente en este caso, en la medida que el niño es dependiente y no ha gozado del tratamiento debido de manera temprana.

[138] Afirmó que para los TEA hay una guía en materia comportamental, comunicacional y de convivencia, pero que en todo caso no autoriza la realización de terapias ABA.

[139] Refirió que el tratamiento científico de los TEA es sintomático, por lo que no hay una medicación preestablecida para todos los casos, sino que depende del paciente.

[140] Cuaderno de Revisión. Folio 1041. Como consta en la Valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019, la Secretaría de Educación, concluyó su intervención al afirmar que difiere de la posición presentada por la EPS MEDISALUD UT en el mismo informe respecto de la naturaleza del “acompañante sombra” supuestamente requerido. Así, estableció que: “si bien es cierto que independientemente de que el estudiante requiera un acompañante sombra con un perfil pedagógico la finalidad del mismo es terapéutico para suplir otras necesidades del menor diferentes a su proceso pedagógico”.

[141] Agregó que el sistema educativo prevé la formación permanente de los docentes en materia de educación inclusiva, por otra parte, exige que la familia tenga un rol mucho más activo en el proceso de inclusión.

[142] Cuaderno de Revisión. Folios 1060 al 1096.

[143] Cuaderno de Revisión. Folios 1099 a 1107.

[144] El Auto en cuestión refería en su numeral tercero:

“TERCERO.- Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional SOLICITAR a la Liga Colombiana de Autismo -LICA-[144] que, con fundamento en su experiencia y copia del material probatorio que reposa en el expediente[144], valore el informe recaudado en inspección judicial del 13 de febrero de 2019 junto al material probatorio aportado por la EPS y las autoridades educativas accionadas a lo largo del proceso y resuelva el cuestionario que se presenta a continuación en un término de (8) días hábiles a partir de la notificación de la presente comunicación:

b) ¿Cuáles son las ventajas, desventajas y los riesgos para el éxito del proceso de inclusión social[144] del niño agenciado en este proceso, que implica el uso de la figura “sombra” respecto del caso particular?

c) En caso de ser una medida idónea y luego de advertir las recomendaciones que hace el “Protocolo clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con trastornos del espectro autista” ¿en qué condiciones se debe otorgar la figura “sombra”?

d) En consideración de las conclusiones presentadas por el “Protocolo clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con trastornos del espectro autista” ¿consideran que el acompañamiento de una “sombra” es el tratamiento efectivo para el caso?

e) En caso de considerar necesaria la asistencia de una “sombra” en el aula de clase y de acuerdo con la valoración realizada: ¿qué naturaleza debe tener dicha sombra, es decir, debería tener un fin pedagógico como lo afirma la EPS o debería tener un fin principalmente terapéutico como lo sostienen las autoridades escolares?

f) En ese mismo sentido, ¿qué formación académica y profesional debería tener la “sombra” que acompañe al menor de edad?

g) ¿Qué relacionamiento debería tener la “sombra” con las autoridades educativas encargadas de evaluar el proceso pedagógico del menor de edad y con los médicos tratantes encargados de manejar el cuadro clínico del mismo? y ¿ante quién rendiría cuentas del trabajo realizado y quién realizaría la evaluación del desempeño de la “sombra”?

h) ¿Qué ajustes adicionales a los tomados por la Institución Educativa, plantearía el acompañamiento de la “sombra” en los términos antes definidos?

La Liga Colombiana de Autismo –LICA– deberá guardar estricta confidencialidad de la información puesta a su conocimiento, la cual no podrá ser manipulada, publicitada o difundida y su manejo se limitará a los propósitos contemplados en la presente orden”.

[145] La señora Aidee Johanna Galindo Acero, por medio de escrito recibido el 05 de marzo de 2019.

[146] Cuaderno de Revisión. Folio 1240.

[147] Edith Betty Roncancio Morales.

[148] Cuaderno de Revisión. Folio 1253.

[149] Cuaderno de Revisión. Folio 1297. Escrito recibido el 22 de marzo de 2019, suscrito por Juliana Ardila Medina.

[150] Sentencia T-350 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[151] ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERÉS. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

[152] Sentencia T-531 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[153] Sentencia T-460 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[154] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[155] Cuaderno de Revisión. CD 1.

[156] Sentencias T-401 de 2017 y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[157] Artículo 42 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991.

[158] Así en Sentencia T-177 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, se afirmó que “(...) el pago efectivo de la prestación correspondiente está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que, tal como se señaló, las prestaciones del personal docente serán reconocidas y pagadas por el mencionado Fondo. Es así como, con fundamento en estas consideraciones, esta Corporación ha aceptado en múltiples

oportunidades que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela”.

[159] Así, en el subcapítulo de estudio de la procedibilidad de la Sentencia T-215 de 2018 M.P. Christina Pardo Schlesinger, se afirmó que “los jueces de instancia, de manera acertada, procedieron a vincular de oficio a las entidades que tienen la obligación de garantizar el servicio de salud. De suerte que, en el expediente T-6.390.241 se vinculó al Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales, y en el expediente T-6.405.786 se vinculó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y su vocero la Fiduciaria La Previsora S.A.”.

[160] Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; sentencia T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[161] Sentencia T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[162] La Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez reiteró lo establecido en la Sentencia SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, sobre el principio de inmediatez y como, por regla general, la acción de tutela no tiene un término de caducidad específico, por lo que puede ser interpuesta en cualquier momento, siempre y cuando la vulneración de los derechos fundamentales incoados persista. Lo anterior, implica que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y es su obligación entrar a estudiar el asunto de fondo. Con base en lo anterior Sala Plena ha inferido tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez: (i) no es una regla o término de caducidad, sino que es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica; (ii) la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto[162]; y (iii) lo anterior se debe analizar en relación con la finalidad de la acción, que es la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

[163] Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[164] Sentencia T-662 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[165] Sentencias T-163 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-136 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

[166] Sentencia T-326 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[167] M.P. Martha Victoria Sáchica

[168] M.P. Jaime Córdoba Triviño

[169] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[170] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[172] Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

[173] Sentencia T-061 de 2014 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. El fallo determinaba que: “Cabe recordar que, al asumir el análisis sobre la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud, es necesario hacer una distinción entre la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento; de un lado, deben observarse los relativos a (i) conflictos sobre multifiliación, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, movilidad dentro del SGSSS y reembolsos por asunción de gastos médicos; y del otro, (ii) los casos que envuelvan el acceso a las actividades, procedimientos e intervenciones, con relación al POS. Tal distinción permite discernir que no puede predicarse, indistintamente, la idoneidad del recurso judicial que se analiza frente a todos los asuntos sujetos a su competencia, dadas las garantías que devienen comprometidas en unos u otros conflictos y el nivel de intensidad con que resultan lesionados los atinentes derechos fundamentales. En ese orden, no debe asimilarse la naturaleza de los conflictos contenidos en el primer ítem, a la relativa, exclusivamente, al acceso efectivo al servicio, en razón a las garantías fundamentales que envuelve este último y su conexión indefectible con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida misma”.

[174] Sentencia T-425 de 2017 M.P. Cristina Pardo Schlesinger. De conformidad al fallo: “De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de manera mayoritaria por la Corte Constitucional, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es principal y, en consecuencia, la acción de tutela presenta un carácter residual. De esta manera, la acción

de amparo procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso, deberá definirse si el perjuicio es inminente, su daño o menoscabo es grave, si las medidas para conjurarlo son urgentes y si la acción de tutela se torna impostergable debido a la urgencia y la gravedad. Además, la tutela procede excepcionalmente en los eventos en que derivado de un análisis se establezca que el mecanismo a surtir ante la Superintendencia no es idóneo o eficaz”.

[175] Sentencia C-119 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Más recientemente en Sentencia T-375 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[176] Sentencias T-635 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-274 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-756 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo; T-825 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo; T-914 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo; T-558 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-633 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-425 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[177] Sentencias T-004 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-188 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-206 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-316A de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-680 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-450 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[178] Sentencias T-206 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-859 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-707 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-014 de 2017 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-036 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-178 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-445 de 2017 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-637 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-684 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera; T-020 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-069 de 2018 M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-208 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[179] Sentencia T-375 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz. El fallo indicaba: “Así las cosas, cuando se trata de una materia que no se encuentre comprendida dentro de los asuntos previamente referidos, el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud carecerá de idoneidad”.

[180] En consecuencia, el amparo constitucional procedía, por ejemplo, cuando: (i) existía riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas; (ii) los peticionarios o afectados se encontraban en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o eran sujetos de especial protección constitucional; (iii) se configuraba una situación de urgencia que hacía indispensable la intervención del juez constitucional; o (iv) se trataba de personas que no podían acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. Respecto al último criterio la Sentencia T-375 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ha precisado que se trata de los casos en los cuales no hay sede de la entidad en el lugar en el cual se reside. De acuerdo con el fallo: “(...) se ha estimado que para analizar la eficacia e idoneidad del trámite judicial adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud se debe tener en cuenta que dicha entidad “no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales. Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan (...) adelantar el procedimiento vía internet”.

[181] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[182] M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[183] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante la pregunta de la Magistrada Gloria Stella Ortiz sobre la capacidad de respuesta de la Superintendencia de Salud en sus funciones jurisdiccionales, el jefe de la entidad señaló: “en Colombia es imposible, Magistrada, hoy, hacer un fallo muchas veces en 10 días de una actuación que amerita hacer un debido proceso (...) hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos desde el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años, por qué le menciono esto Magistrada, porque el 90% de los procesos que llegan a la Superintendencia al área jurisdiccional son económicos: licencias de paternidad, licencias de maternidad (...)” (extracto transcrito).

[184] La oficina principal de la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra ubicada en la ciudad de Bogotá. No obstante, la entidad también cuenta con oficinas regionales en Medellín (Regional Antioquia), Barranquilla (Regional Caribe), Bucaramanga (Regional Nororiental), Cali (Regional Occidental), Neiva (Regional Sur) y Quibdó (Regional Chocó).

[185] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante el cuestionamiento formulado por el Magistrado Rojas Ríos sobre la capacidad jurisdiccional de la Superintendencia de Salud en las regiones del país, el jefe de la entidad señaló: “(...) la capacidad de la Superintendencia Nacional, Magistrado, nosotros tenemos presencia en seis regionales, yo tengo funcionarios prácticamente por todo el país, muy pocos (...) solamente tengo seis regiones, desafortunadamente los funcionarios que hoy tengo en las regiones, no sé con qué criterio ni con qué características fueron designados, hay unas regiones que son más administrativas, donde casi todos son administradores de empresas, otras son más jurídicas, nosotros tenemos que replantear, ya estamos en un proceso de reorganización de la entidad que hace necesario, y efectivamente necesitamos fortalecer la Superintendencia en las regiones porque hoy no tenemos capacidad de interlocución, lo máximo que hace un funcionario mío fuera de Bogotá es recibir la petición, la queja o el reclamo, pero no tiene la capacidad de interlocución, ni de solucionar en el campo el problema, hoy dependen de Bogotá (...)” (extracto transcrito).

[186] Apartado basado en las consideraciones de las sentencias T-629 de 2017, T-523 de 2016 y T-339 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[187] Sentencia C-458 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[188] Sentencia C-804 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa.

[189] Sentencia C-043 de 2017 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[190] Bajo este esquema de comprensión de la discapacidad, ésta es la consecuencia de una acción sobrenatural. Por ende, el mecanismo para enfrentarla es la eliminación o el aislamiento de quien la padece. De tal modo los esquemas de acción son dos: la eugenesia o la marginación. Ver: Toboso Martín, Mario; Arnau Ripoés, María. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Araucaria. Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2008, vol. 10, no 20. “(...) las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, sin nada que aportar a la comunidad. Este modelo contiene dos submodelos (...) el submodelo eugenésico y el submodelo de marginación. La característica principal de este [último] submodelo es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor y el rechazo por considerarlas objeto de

maleficios y advertencia de un peligro inminente. Es decir, ya sea por menosprecio, ya sea por miedo, la exclusión es la respuesta social hacia la discapacidad” en este esquema de comprensión de la misma.

[191] Bajo este esquema de comprensión de la discapacidad, ésta es consecuencia de “condiciones físicas, fisiológicas o psicológicas que alteran la normalidad orgánica” (Sentencia C-458 de 2015). Por ende, el mecanismo para enfrentarla es la superación médica de esta condición, con el fin de que el individuo que la padece pueda insertarse en la sociedad y asumir un rol en ella. Se trata en suma de permitir que el sujeto en tal condición supere las barreras que, presentes en su propio cuerpo, le impiden desempeñarse en la sociedad como el resto de sus miembros. Ver: Toboso Martín, Mario; Arnau Ripoés, María. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Araucaria. Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2008, vol. 10, no 20. “(...) se alude a la discapacidad en términos de “enfermedad” o como “ausencia de salud” (...), se considera que las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, pero sólo en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas, y logren asimilarse a las demás personas (válidas y capaces) en la mayor medida posible.”

[192] Sentencia T-340 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[193] Palacios, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi. Madrid, 2008. P. 122

[194] TOBOSO MARTÍN, Mario; ARNAU RIPOLLÉS, M^a. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Araucaria. Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2008, vol. 10, no 20.

[195] Op. Cit. Palacios. El modelo social de discapacidad... P. 123.

[196] Op. Cit. Toboso. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades... P. 69.

[197] De acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 2, “Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando

se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

De igual manera, la Sentencia C-293 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, afirmó: “Se entienden como razonables aquellos ajustes que no imponen una carga desproporcionada o indebida, apreciación que implica la simultánea ponderación de los costos que tales acciones necesariamente tendrán para el Estado y la sociedad. A juicio de la Corte, este concepto referente, así como la trascendental consideración que en él va envuelta, se acompasan debidamente con los principios constitucionales que inspiran el diseño y ejecución de las acciones afirmativas, a través de las cuales el Estado procura el logro de la igualdad real y efectiva garantizada por la Constitución Política. Por consiguiente, se considera que su uso y aplicación como medida de las acciones a realizar no plantea problemas en relación con la exequibilidad de estas normas”.

[198] Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron parcialmente tomadas de las Sentencias T-629 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-207 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-434 de 2018 M.P. Gloria Ortiz Delgado.

[200] Artículo 13 del Pacto internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.

[201] Artículos 23, 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[202] Sentencia T-480 de 2018. M.P. Gloria Stella Díaz Delgado.

[203] Sentencia T-480 de 2018 M.P. Gloria Stella Díaz Delgado.

[204] Sentencia T-523 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En cita la Sentencia T-429 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón. “Desde muy pequeños, los niños son ubicados -con todo lo que esto implica- en el centro mismo del paradigma normal-anormal, con una alta carga de discriminación implícita o explícita. Surge así, pues, una desigualdad que habrá de incidir negativamente en las oportunidades ofrecidas a los niños, según que se hallen ubicados en los terrenos de la normalidad o de la anormalidad, respectivamente”.

Este tipo de educación, se opone a los paradigmas según los cuales la existencia de distintas capacidades entre los estudiantes permite clasificarlos, e impartir la formación de

aquellas que no se consideran normales en centros especiales para su enseñanza y en forma separada del aula regular. Rechaza la posibilidad de la educación especial, según la cual el aprendizaje se logra cuando los grupos están conformados por personas con las mismas condiciones, físicas y mentales.

La Convención Sobre Derechos para las Personas con Discapacidad reconoce, en el marco del modelo social de la discapacidad, la adopción de una educación inclusiva acompañada con él, que “desafía la verdadera noción de normalidad en la educación —y en la sociedad—sosteniendo que la normalidad no existe, sino que es una construcción impuesta sobre una realidad donde solo existe la diferencia”.

Si bien la educación especial brinda, a través del aislamiento en un espacio escolar independiente, elementos importantes para la formación y el desarrollo del estudiante que tiene limitaciones físicas o mentales para aprender en las mismas condiciones en que lo hace el resto de la población estudiantil, y es en algunos innegablemente valiosa por el nivel de dificultad que presentan los menores de edad, lo cierto es que al separar a los miembros de la sociedad en razón de sus competencias, priva a quienes quedan fuera del aula regular de la adquisición de habilidades de interacción social, diferenciales, que pueden servir para la comunicación y la convivencia de agentes diferentes entre sí. No solo lo hace en relación con el estudiante que queda fuera del sistema regular, sino que también con el resto de los estudiantes de la misma edad, con competencias ordinarias, a quienes impide conocer, vivir, tolerar y valorar la diferencia en sus dimensiones prácticas. Merma la capacidad de la sociedad para interactuar con la persona que tiene otra clase de capacidades y a ella, por esa vía, la deja sutilmente alejada en su vida extraescolar.

[205] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 24. “2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;” (Subrayado propio).

[206] En su artículo 2° define la inclusión social como “un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder,

participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad (...).”.

[207] Ley Estatutaria 1618 de 2013, artículo 11, numeral 2, literal e.

[208] Ley Estatutaria 1618 de 2013, artículo 11, numeral 2, literal j.

[209] Ley Estatutaria 1618 de 2013, artículo 11, numeral 3.

[210] Ley 115 de 1994, artículo 46.

[211] Ley 115 de 1994, artículo 46.

[212] M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[213] Ley 361, artículo 12.

[214] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”.

[215] “Artículo 2.3.3.5.1.2.1. Alcance del servicio educativo. Los establecimientos educativos estatales y privados deberán tener en cuenta lo dispuesto en la presente Sección, al proceder a elaborar el currículo, al desarrollar los indicadores de logros por conjunto de grados establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y definir los logros específicos dentro del respectivo proyecto educativo institucional, cuando atiendan personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales.

En tal sentido, en el proyecto educativo institucional del establecimiento de educación formal que atiendan personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales, se especificarán las adecuaciones curriculares, organizativas, pedagógicas, de recursos físicos, tecnológicos, materiales educativos, de capacitación y perfeccionamiento docente y, en general de accesibilidad que sean necesarias para su formación integral, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y otros reglamentos.

Artículo 2.3.3.5.1.2.2. Medidas Especiales. El proyecto educativo institucional de los establecimientos que atiendan educandos con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales, incluirá proyectos personalizados en donde se interrelacionen componentes,

instrumentos y medios de la estructura del servicio educativo ofrecido, para que su integración al mismo, procure desarrollar niveles de motivación competitividad y realización personal.”

[216] Artículo 2.3.1.3.1.5

[217] Entre las definiciones que contempla en el artículo 2.3.3.5.1.4., a la educación inclusiva la define como “un proceso permanente que reconoce, valora y responde de manera pertinente a la diversidad de características, intereses, posibilidades y expectativas de los niñas, niños, adolescentes, jóvenes y adultos, cuyo objetivo es promover su desarrollo, aprendizaje y participación, con pares de su misma edad, en un ambiente de aprendizaje común, sin discriminación o exclusión alguna, y que garantiza, en el marco de los derechos humanos, los apoyos y los ajustes razonables requeridos en su proceso educativo, a través de prácticas, políticas y culturas que eliminan las barreras existentes en el entorno educativo.”

[218] Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.2.1.

[219] Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal a.

[220] Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal b.

[221] Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal b.

[222] Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal c.

[223] Sentencia T-480 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[224] Dicha regla fue aplicada en las Sentencias: T-495 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-847 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-488 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-629 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[225] Dicha regla jurisprudencial se extrae de: la Sentencia T-994 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; la Sentencia T-598 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; la Sentencia T-523 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y la Sentencia T-679 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[226] En la Sentencia T-791 de 2014 M.P. Marta Victoria Sáchica Méndez la Sala tuvo en cuenta las recomendaciones médicas y familiares y ordenó la prestación de educación especializada al estudiante con discapacidad. Así, el estudiante en cuestión, requería supervisión permanente dado que su situación de discapacidad comprometía su capacidad motora, intelectual y afectaba su comportamiento, por lo que se debía preferir la educación diferenciada. Mientras que en la Sentencia T-465 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Sala afirmó que de conformidad con las recomendaciones médicas, psicológicas y las recomendaciones de los padres se optaría por brindar un proceso educativo en una entidad especializada, pues se determinó que las capacidades de los jóvenes representados debían ser enfocadas en el aprendizaje de un arte u oficio y no en el proceso educativo normal.

[227] Sentencia T-523 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[228] Decreto 1421 de 2017. Artículo 2.3.3.5.2.3.5.

[229] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[230] Sentencia T-495 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[231] Sentencia T-495 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[232] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[233] La sentencia encontró: “no puede autorizar [el suministro de acompañamiento terapéutico (sombra)] directamente puesto que si bien con tal servicio se busca mejorar la calidad de vida de David Steban, esto se logra a través del entrenamiento en habilidades sociales mediante la inclusión escolar lo cual constituye un componente mayoritariamente educativo cuya responsabilidad recae sobre las autoridades educativas. Sin embargo, esto no excluye su componente médico si se tiene en cuenta que el componente terapéutico fue ordenado por el médico tratante.”

[234] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[235] Artículo 11. Derecho a la educación. “El Ministerio de Educación Nacional definirá la política y reglamentará el esquema de atención educativa a la población con necesidades educativas especiales, fomentando el acceso y la permanencia educativa con calidad, bajo

un enfoque basado en la inclusión del servicio educativo. Para lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional definirá los acuerdos interinstitucionales que se requieren con los distintos sectores sociales, de manera que sea posible garantizar atención educativa integral a la población con discapacidad (...)”

[236] La sentencia encontró: “no puede autorizar [el suministro de acompañamiento terapéutico (sombra)] directamente puesto que, si bien con tal servicio se busca mejorar la calidad de vida de David Steban, esto se logra a través del entrenamiento en habilidades sociales mediante la inclusión escolar lo cual constituye un componente mayoritariamente educativo cuya responsabilidad recae sobre las autoridades educativas. Sin embargo, esto no excluye su componente médico si se tiene en cuenta que el componente terapéutico fue ordenado por el médico tratante”.

[237] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[238] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[239] La Sala tomará como parámetro de referencia lo consignado en la sentencia T-742 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, en lo relacionado con las características generales del derecho a la salud.

[240] Ver, entre otras, las Sentencias T-760 de 2008 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-126 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-593 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-094 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[241] Ley 1751 de 2015. Artículo 2º.

[242] Ver, entre otras, Sentencias T-199 de 2013 M. P. Alexei Julio Estrada; T-234 de 2013 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-384 de 2013 M. P. María Victoria Calle Correa; y T-361 de 2014 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[243] Ver, entre otras, Sentencias T-468 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-563 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; y T-318 de 2014 M. P. Alberto Rojas Ríos.

[244] Ver, entre otras sentencias T-447 de 2014 M. P. María Victoria Calle Correa; T-076 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-455 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldán.

[245] Ver, entre otras, sentencias T-199 de 2013 M. P. Alexei Julio Estrada; T-745 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-200 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos; y T-519 de 2014 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[247] Al respecto ver sentencias T-678, T-433 y T-423 de 2014; T-089 y T-020 de 2013, entre otras.

[248] Sentencia T- 802 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[249] Sentencias T-650 de 2009, T-392 de 2011, T-807 de 2013, T-771 y T-864 de 2012.

[250] 1 de marzo de 2018.

[251] Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 1.

[252] Cuaderno de Revisión. Folio 1040. Valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019.

[253] Cuaderno No. 1, folios 13 y 14. Obra copia de historia clínica de RASM en la que se indica: “condición clínica del paciente: Paciente con trastorno del espectro autista y estreñimiento crónico”.

[254] Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista. Página 29.

[255] Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista. Página 32. El protocolo identifica 3 niveles: i) requiere soporte muy importante; ii) requiere soporte esencial; y iii) requiere soporte.

[256] Cuaderno No. 1, folios 15 y 16. Obra copia del oficio remitido por el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán a los padres de RASM.

[257] A Folios 308 a 377 del Cuaderno de Revisión, obra escrito del 27 de abril de 2018, firmado por el Rector Ángel Hernando Combariza Alvarado.

[258] Cuaderno de Revisión. Folio 309.

[259] Cuaderno de Revisión. Folio 309.

[260] Cuaderno de Revisión. CD 1. Afirmó que el colegio realizó un proceso de sensibilización con resultados exitosos respecto de los padres y madres de los compañeros del menor de edad con el propósito de lograr su inclusión en el salón de clases.

[261] Cuaderno de Revisión. CD 1. Indicó que el menor de edad presenta inconvenientes en la convivencia con los otros compañeros, pues no comprende instrucciones de conducta. Además, presenta problemas en materia comunicacional propios del trastorno que tiene.

[262] Cuaderno de Revisión. Folio 1040. Valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019.

[263] Cuaderno 2. Folio 4.

[264] Cuaderno 2. Folio 7.

[265] Cuaderno de Revisión. Folio 1047. Entre otras observaciones, la especialista en terapia ocupacional refirió que: “RASM es un niño dependiente en sus actividades de autocuidado, desplazamientos, relaciones interpersonales inadecuadas y disruptivas, debe tener más interacción social, con supervisión salir a parques, aunque asiste a natación diariamente, su permanencia en campos libres debe aumentar, su proceso escolar es lento, y su aprendizaje debe ser de forma visual (...) Teniendo en cuenta las dificultades de RASM en su conducta, su hiperactividad y en sus habilidades de comunicación e interacción en el espacio escolar, es importante que el menor cuente con un apoyo o maestro sombra. Diversos términos se han utilizado para denominar a este apoyo profesional: Shadow Teacher, Asistente o Auxiliar Terapéutico (Pedagógico), Asistente Educativo, Maestra de Apoyo, etc. En general denota el requerimiento de parte de la institución educativa de una ayuda específica y particular para el niño con autismo dentro del aula”.

Así mismo, el profesional de la EPS MEDISALUD UT destacó, acerca de la naturaleza del “acompañante sombra” supuestamente requerido que: “la maestra sombra es un apoyo educativo, es un recurso psicopedagógico que se aplica en circunstancias muy especiales cuando se observan dificultades que no resultan fácilmente abordables con los recursos ordinarios de la clase y tampoco con el apoyo del aula-recurso u otros recursos disponibles

en la institución escolar. Es importante que este apoyo profesional esté ligado más con las necesidades del niño y no con los intereses del colegio. Este perfil obliga a una persona con preparación académica, este aspecto es importante destacarlo de forma sostenida, ya que vemos muchas veces que, en la realidad, se convierten en una especie de niñeras más ocupadas en resolver los problemas de control de esfínteres del niño o sus problemas conductuales, que realmente ser un apoyo pedagógico y/o terapéutico. El apoyo sombra debe contribuir en los procesos de aprendizaje, de comunicación e interacción del menor, y no volverse su traductor o quien realice todas sus actividades y no le genere independencia y autonomía”.

[266] Cuaderno No. 1, folios 15 y 16. Obra copia del oficio remitido por el Instituto Educativo Jorge Eliecer Gaitán a los padres de RASM.

[267] Cuaderno No. 1. Folio 20.

[268] Cuaderno No. 1. Folio 24.

[269] De acuerdo con lo presentado por el Ministerio de Educación Nacional, por ejemplo, se considera que “es el sector salud quien debe asignar el concepto de sombra terapéutica, pues no se trata de un apoyo pedagógico ni didáctico, sino un “servicio prestacional orientado a la atención en salud, habilitación y rehabilitación, así como para el cuidado y protección de las personas con discapacidad muchas de ellas con autismo. [el cual] se caracteriza por ser prestado durante largas jornadas, entre 8 y 12 horas, a veces 24 horas. [y] (...) se convierte en un acompañante permanente para la persona quien la tiene disponible”

Por su parte, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas considera que la “figura que debería existir en los ambientes escolares es la de acompañante terapéutico” el cual puede entenderse como “un agente de salud capacitado para sostener, cuidar, aliviar y compartir: las ansiedades, angustias y desequilibrios de enfermos con perturbaciones emocionales que han entrado en crisis al no poder generar respuestas adaptativas, ante situaciones externas e internas que se presentan en la vida del sujeto.” Por lo tanto, puede brindar apoyo total en las tareas cotidianas, tales como higiene personal, medicación; acompañar actividades de recreación, alimentación, entre otras.

[270] Cuaderno de Revisión. Folios 383 a 418. Oficio 1120-164-7 del 10 de abril de 2018.

[271] Al respecto, afirmó que de acuerdo con el numeral 4° del artículo 2.3.3.5.1.4 del Decreto 1421 de 2017[271], “los ajustes razonables que provee el sector educativo corresponden a acciones, adaptaciones, estrategias y apoyos de tipo pedagógico y didáctico, no apoyos en salud, terapéuticos o de cuidado permanente que una persona pudiera llegar a requerir por su condición de salud.”

[272] Cuaderno de Revisión. Folios 264 a 272. Oficio No. 2018ER092770 del 30 de abril de 2018.

[273] Cuaderno de Revisión. Folios 273 a 307. Oficio No. 201811300481621 del 26 de abril de 2018.

[274] “no se menciona ni se recomienda en ninguna de las GPC evaluadas y tenidas en cuenta en este protocolo.” Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista elaborado por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (2015) pág. 70

[275] Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista elaborado por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (2015) pág. 70.

[276] *Ibíd.* pág. 72

[277] *Ibíd.* pág. 74 establece “No se recomienda el uso de “sombras terapéuticas”, dado que no favorecen el cumplimiento del objetivo de la terapia, la autonomía. En caso de personas con compromiso severo, que necesiten acompañamiento superior a las 8 horas recomendadas, y se requiera una intervención individualizada, ésta en ningún caso podrá excluir la participación de la familia y limitar la participación en el entorno. En caso de requerirse una intervención que supere las 8 horas o requiera un acompañamiento terapéutico como “auxiliares personales” deberán ser indicadas, planeadas y evaluadas por el equipo interdisciplinario, buscando propiciar la generalización de habilidades en entornos naturales, por lo que debe ser claro el desvanecimiento gradual de los apoyos que

utiliza, así como la transferencia a otros cuidadores, buscando siempre alcanzar los objetivos generales de la terapia: mejorar el funcionamiento, promover la autonomía y mejorar la calidad de vida. El uso de “auxiliares personales” son medidas de soporte o servicios de “respiro”, que buscan mejorar la calidad de vida familiar.”

[278] Cuaderno de Revisión. Folio 1040. Valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019.

[279] Cuaderno de Revisión. Folio 1040. Valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019.

[280] Cuaderno de Revisión. Folio 1040. Valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019.

[281] Cuaderno de Revisión. Folio 1253.

[282] Cuaderno de Revisión. Folio 1253. Concepto técnico científico aportado por la LiCA.

[283] Cuaderno de Revisión. Folio 1255.

[284] Cuaderno de Revisión. Folio 1254.

[285] Cuaderno de Revisión. Folio 1253.

[286] Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista elaborado por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (2015) pág. 71. El mencionado Protocolo sostiene que: “en modelos como el de Estados Unidos y Canadá, enmarcados en un proceso de “educación inclusiva”, e intersectorialidad, se incluyen apoyos adicionales, denominados auxiliares personales, personas con formación especializada y certificada entre los que se cuentan: las personas de apoyo en el ambiente escolar; auxiliares de apoyo temporal (Temporary Support Assistant (TSA) que luego se llamarían adulto de ayuda adicional (Additional Adult Assistance) (AAA); asistentes del cuidado sanitario (Health Care Assistant (HCA)): realizan ciertos procedimientos médicos adicionales que la persona requiere por enfermedades médicas asociadas a su condición de discapacidad. Están certificados en procedimientos, primeros auxilios e incluso, reanimación

cardiopulmonar; enfermeras con certificación para acompañamiento en el bus escolar; asistente de conducta (Behavioral Assistant), el cual monitorea el comportamiento de la persona y utiliza reforzadores u otros métodos para modificar la conducta en cada contexto, como Picture Exchange Communication System (PECS)".

[287] Cuaderno de Revisión. Folio 1297.

[288] Cuaderno de Revisión. Folio 421. Para la Universidad Distrital, la "figura que debería existir en los ambientes escolares es la de acompañante terapéutico" el cual, de acuerdo con la Asociación Argentina de Psiquiatras, puede entenderse como "un agente de salud capacitado para sostener, cuidar, aliviar y compartir: las ansiedades, angustias y desequilibrios de enfermos con perturbaciones emocionales que han entrado en crisis al no poder generar respuestas adaptativas, ante situaciones externas e internas que se presentan en la vida del sujeto"[288]. Este sujeto brinda una serie de servicios especializados en el campo psicológico, social, mental y siempre persigue fines terapéuticos determinados con el equipo de médicos, psicólogos, psiquiatras que atienden al estudiante. Su objetivo es que el estudiante pueda realizar por su propia cuenta las actividades asignadas.

[289] Cuaderno 2. Folio 4.

[290] Cuaderno de Revisión. Folio 1040. Valoración interdisciplinaria recaudada en Audiencia del 13 de febrero de 2019.

[291] Cuaderno de Revisión. Folios 1099 a 1107.

[292] Cuaderno No 2. Folios 3 a 18. Al escrito adjunta: (i) valoración psicológica realizada el 04 de septiembre de 2018 en el que "se solicita acompañamiento de docente sombra en el área escolar que se encuentre capacitado o posea los recursos teóricos de el (sic) espectro autista, de igual manera el abordaje terapéutico para la modificación de conductas y terapias ABA" y se remite a psiquiatría. (ii) Valoración Psiquiátrica de 05 de septiembre de 2018 en la cual se menciona que "lo están acompañando temporalmente para que pueda asistir al colegio (...) está tomando risperidona oral en las horas de asistencia al colegio" y se ordena auxiliar de enfermería "sombra" 12 horas al día durante 3 meses, terapia ocupacional con técnicas ABA de forma continua. (iii) historia médica de 3 de junio de 2018,

en la que se ordena seguir con terapias ABA y seguimiento con neurología pediátrica. (iv) valoración física, fonoaudiología y ocupacional. En la cual, 1) el especialista fonoaudiólogo recomienda, para mejor desempeño a nivel escolar, familiar y social, un cuidador sombra que retroalimente constantemente al menor en cada labor determinada. 2) iniciar manejo domiciliario multidisciplinar con las áreas que intervinieron para evitar retrocesos. (v) control de medicina general de 31 de agosto de 2018, en el cual, el plan de manejo determina “requiere para mejorar desenlace final (outcome) pronóstico implementar este tipo de TERAPIA [ABA] fundamentado en estrategia cognitivo conductual; es la única estrategia con nivel de evidencia fuerte recomendada por expertos” (se transcribe protocolo de Guías de Min Salud, Colombia 2015, en el que se evidencia que “Las intervenciones basadas en ABA demostraron diferencias estadísticamente significativas comparadas con la terapia habitual, para mejorar los desenlaces de habilidades cognitivas (...”).

[293] Cuaderno de Revisión. CD 1. Añadió que el niño está con la terapeuta física de 8 a 10 am, de 10 a 12 m se encuentra en el colegio, de 2 a 4 pm está con la terapeuta ocupacional y de 4 a 6 está en hidroterapia que es costeada por ella. Afirmó que trabaja en el corregimiento de la Chaparrera en donde trabaja durante toda la mañana y quiere buscar un traslado para estar más cerca del niño.

[294] Cuaderno No 2. Folios 3 a 18.

[295] Cuaderno No 2. Folios 3 a 18.

[296] Cuaderno de Revisión. Folio 1103.

[297] Cuaderno de Revisión. Folios 1099 a 1107.

[298] Cuaderno No 2. Folios 7 a 8.

[299] Cuaderno No 2. Folios 7 a 8.

[300] Cuaderno No 2. Folios 4 a 5.

[301] Cuaderno No 2. Folio 6.

[302] Cuaderno No 2. Folio 12.

[304] Cuaderno de Revisión. Folio 1103.

[305] Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención Integral de Niños y Niñas con Trastornos del Espectro Autista Página 13.