

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-299/23

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

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

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Accionada dio respuesta de fondo al derecho de petición, antes de la expedición del fallo de instancia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Alcance

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás

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

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Reglas jurisprudenciales para no aplicar la exclusión

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

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

Obligación de garantizar acceso a la educación en aulas regulares de estudio

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA-Ajustes razonables

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

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA-Implica que el modelo educativo se adapte a las necesidades del estudiante en situación de discapacidad

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Quinta de Revisión-

SENTENCIA T-299 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.190.742

Asunto: Acción de tutela interpuesta por la señora Clara, actuando en representación de su hijo Pedro en contra de la EPS Sura y la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones de la Secretaría de Educación de Bogotá

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., ocho (08) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias de tutela proferidas por el Juzgado 3° Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá y el Juzgado 4° Civil del Circuito de Ejecución

de Sentencias de la misma ciudad, en las que se estudió la presunta vulneración de los derechos de petición, salud y educación (CP arts. 23, 44, 49 y 67), por parte de las entidades demandadas.

I. I. ANTECEDENTES

En atención a que en el proceso de la referencia se encuentran involucrados los derechos de una persona con diversidad funcional y que, por ende, se puede ocasionar un daño a su intimidad, se registrarán dos versiones de esta sentencia, una con los nombres reales que la Secretaría General de la Corte remitirá a las partes y autoridades involucradas, y otra con nombres ficticios que seguirá el canal previsto por esta corporación para la difusión de información pública. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 1712 de 2014, 1581 de 2012 y 1437 de 2011, el Reglamento de la Corte Constitucional y la Circular Interna No. 10 de 2022.

HECHOS RELEVANTES

1. La señora Clara, en representación de su hijo Pedro de 17 años, refiere que este fue diagnosticado con trastorno del espectro por autismo atípico (en adelante “TEA”), déficit de atención e hiperactividad.
2. En la actualidad, se encuentra cursando el grado octavo en el Colegio I.E.D. (en adelante “el colegio” o la “institución educativa”), en el que le indicaron que el menor de edad requiere de un apoyo terapéutico por parte de la EPS, para efectos de tratar las conductas disruptivas que presenta, puesto que tiene problemas de socialización, ansiedad, se estresa con facilidad, interrumpe constantemente las clases y, en algunas ocasiones, golpea o muerde objetos y personas.
3. Por lo anterior, el día 26 de septiembre de 2022, la demandante formuló dos peticiones ante la EPS Sura y la Secretaría de Educación de Bogotá (en adelante “SED”), respectivamente, con la finalidad de solicitar el acompañamiento de un “terapeuta sombra”, dirigido a apoyar el proceso de formación académico del menor de edad y a modular su comportamiento.
4. El 6 de octubre de 2022, la EPS Sura negó la prestación del servicio requerido, al advertir

que este tipo de acompañamientos no están previstos en el Plan de Beneficios de Salud (en adelante “PBS”) y que, por ende, el mismo debía ser garantizado por la demandante, quien recibió entrenamiento especial para el manejo del TEA que padece el menor de edad.

5. El 24 de octubre de 2022, la Dirección de Cobertura de la SED resolvió la petición informando a la accionante que no era competente para tramitar su solicitud, por lo que le dio traslado a la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones de la misma entidad, al considerar que aquella era la dependencia encargada del asunto puesto en conocimiento de la administración.

6. La demandante informó que desde el 26 de septiembre de 2022 no ha recibido acompañamiento de algún terapeuta dispuesto por la EPS y que tampoco ha recibido respuesta de la petición formulada ante la SED, situación que afecta tanto a su hijo como a ella, pues ha sido diagnosticada con un trastorno mixto de depresión y de ansiedad, en virtud de la situación médica de su hijo menor de edad.

7. Con fundamento en los hechos descritos, la demandante solicita tutelar los derechos de petición, salud y educación de su hijo menor de edad y que, por ende, (i) se ordene a la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones de la SED que responda de fondo la solicitud interpuesta el 26 de septiembre de 2022; y que, (ii) además, se disponga la autorización del servicio de “terapeuta sombra” para su hijo, a quien corresponda.

B. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

8. En auto del 3 de noviembre de 2022, el Juzgado 3° Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá admitió la acción de tutela de la referencia y procedió a vincular al Instituto Roosevelt, en su calidad de IPS que ha prestado los servicios al menor de edad.

Respuesta del Instituto Roosevelt

9. En escrito del 3 de noviembre de 2022, el Instituto Roosevelt solicitó su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, al considerar que no es responsable de la presunta conducta vulneradora de los derechos invocados. Informó que en su base de datos registran los servicios prestados al menor de edad en las especialidades médicas de ortopedia y traumatología, así como neurología pediátrica, por lo que aseguró que está comprometido

con la atención que requiera el paciente, siempre que los tratamientos sean autorizados por la EPS.

Respuesta de la EPS Sura

10. El 8 de noviembre de 2022, la EPS Sura solicitó que se denegara el amparo de los derechos fundamentales invocados. En primer lugar, informó que hasta la fecha no ha negado la prestación de algún servicio de salud requerido por el menor de edad y ordenado por los médicos tratantes. En segundo lugar, manifestó que negó la solicitud relacionada con el servicio de terapeuta sombra, en la medida en que no existe una orden médica relacionada con el servicio y, en todo caso, advirtió que el mismo no está previsto en el PBS, por lo que no estaría obligada a garantizarlo. En tercer lugar, explicó que este tipo de terapias no están reguladas en Colombia, tal y como ocurre, por ejemplo, en varios países europeos, ya que no contribuyen al desarrollo psicosocial autónomo de las personas con diversidad funcional.

Respuesta de la SED de Bogotá

C. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Juzgado 3° Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá

12. En sentencia del 15 de noviembre de 2022, el Juzgado 3° Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá negó el amparo de los derechos fundamentales invocados. Al respecto, consideró que la respuesta del 6 de noviembre de 2022 permite configurar una carencia actual de objeto por hecho superado, en la medida en que se resolvió de fondo lo solicitado por la demandante, en atención a que se puso de presente el marco normativo y la forma para garantizar la inclusión de los estudiantes con capacidades diversas, enfatizando en el acompañamiento que se brindaría a la institución educativa en la que se encuentra el menor, para efectos de garantizar su desarrollo pedagógico adecuado.

Impugnación presentada por la señora Clara

13. En escrito del 17 de noviembre de 2022, la accionante impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que, si bien en la misma se hizo referencia a la contestación del derecho de petición, el juez de tutela no se pronunció respecto de la pretensión relativa a la

autorización del servicio de terapeuta sombra por parte de la EPS. En este sentido, insistió en que los NNA en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional que requieren de un tratamiento diferencial por parte del Estado dirigido a asegurar sus derechos.

14. Con posterioridad, en escrito del 6 de diciembre de 2022, la demandante amplió los argumentos de la impugnación. Al respecto, indicó que, de acuerdo con el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, el derecho a la salud debe prestarse según el principio de integralidad, a fin de que se garantice su prestación eficaz a los NNA en situación de discapacidad. Agregó que la educación es la única vía que le garantiza a esta población una adecuada inclusión social, servicio que debe materializarse conforme con el principio de accesibilidad.

15. Por lo anterior, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se ordene a la SED y a la EPS Sura la entrega del servicio de acompañante terapéutico (terapeuta sombra) que requiere su hijo, en aras de lograr un adecuado desarrollo pedagógico en la institución educativa en la que se encuentra cursando sus estudios.

Segunda instancia: Juzgado 4° Civil del Circuito de Ejecución de Penas de Bogotá

16. En sentencia del 15 de diciembre de 2022, el Juzgado 4° Civil del Circuito de Ejecución de Penas de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia, al considerar que la respuesta brindada mediante derecho de petición resuelve de fondo lo solicitado, como quiera que (i) se explica que el denominado terapeuta sombra no es un servicio que se encuentre previsto en el PBS, lo que excluye que pueda ser autorizado por la EPS; y (ii) se informa que se diseñaría un plan para revisar la ejecución de los mecanismos de ajustes razonables previstos en la política pública de educación en la institución educativa en la que estudia el menor de edad.

D. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Auto de pruebas del 10 de abril de 2023

17. En auto del 10 de abril de 2023, el magistrado sustanciador decidió vincular al proceso de la referencia al Colegio Usaquén – Los Cedritos I.E.D., por tratarse de la institución en la que

estudia el menor de edad en cuyo favor se promueve el amparo. Además, se ofició al citado colegio, a la señora Clara y a la SED, para que ampliaran la información dispuesta en la acción de tutela bajo revisión y aportaran elementos nuevos al debate constitucional. En particular, (i) al colegio se le preguntó sobre las medidas que ha realizado la SED para apoyarlo en la implementación de los Planes Individuales de Ajustes Razonables (en adelante, “PIAR”); y (ii) sobre las actuaciones que ha llevado a cabo la SED, con posterioridad al 15 de noviembre de 2022, fecha en la que se tenía prevista una jornada de capacitación con la institución, según lo que se indicó en la contestación de la acción de tutela.

18. Por su parte, a la señora Clara se le pidió que informara (i) cómo está compuesto su núcleo familiar, cuáles son sus ingresos y sus gastos; (ii) cuál es la edad de su hijo y qué grado escolar está cursando; y (iii) si la SED o el colegio se han comunicado con ella para verificar las condiciones de inclusión del menor de edad en la institución educativa.

19. Finalmente, a la SED se le preguntó (i) cuáles son las actuaciones que ha adelantado para verificar las condiciones de inclusión del menor de edad en el colegio; y (ii) si se ha prestado apoyo a la institución educativa para efectos de implementar los PIAR. A continuación se resume la información obtenida como consecuencia del auto del 10 de abril de 2023:

Declaración del Colegio I.E.D.

20. En oficio del 8 de mayo de 2023, en relación con la implementación del PIAR, el colegio informó que “desplegó acciones y medidas a través del acompañamiento de la profesional Diana González de la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones”, quien ha prestado su asistencia técnica y pedagógica en el desarrollo de dos mesas técnicas que se llevaron a cabo durante el mes de noviembre del año 2022, para efectos de examinar los ajustes, acciones y compromisos en la garantía de la educación inclusiva de toda la población de NNA con capacidad diversa que tiene el colegio, incluido el hijo de la accionante.

21. Después de esas reuniones, se convocó a la demandante a una orientación escolar, para efectos de indicarle las estrategias que se han implementado por parte de la institución con fundamento en el PIAR y con el apoyo de la docente especializada con la que se cuenta para la atención de los NNA en situación de discapacidad. En este sentido, se le informó sobre las estrategias pedagógicas que el colegio implementa con su hijo y se le aclaró que las mismas están sujetas a revisión continua, con la finalidad de que se vayan ajustando a su proceso, y

sin perjuicio de la obligación de contar con el seguimiento adecuado de los médicos tratantes, toda vez que la accionante mencionó que el adolescente lleva por lo menos tres años sin asistir a las terapias prescritas por los profesionales de la EPS, pese a la insistencia del colegio en la importancia del tratamiento, pues ello es fundamental para evaluar la condición del estudiante y así ajustar el PIAR a sus necesidades.

22. El colegio explicó que está comprometido con la política de educación inclusiva de los NNA en situación de discapacidad prevista en el Decreto 1421 de 2017, por lo que, en esa línea, elaboró e implementó un PIAR para que el menor cuente con el apoyo de una docente especializada, que hace parte de la planta profesoral de la institución, encargada de verificar y hacer seguimiento del plan diseñado a su favor. Así explicó que el mismo consta de las siguientes etapas: (i) la comunicación permanente con los docentes de las diferentes áreas, para establecer unos logros mínimos alcanzables según las necesidades del estudiante; (ii) la sensibilización de la comunidad educativa por medio de talleres de formación teórica y práctica para directivos docentes, docentes de aula, estudiantes, padres de familia y personal administrativo; (iii) la implementación de procesos de articulación con orientación escolar, para efectos de determinar el apoyo pedagógico que requiere el estudiante en cada área, de acuerdo con su discapacidad y su proceso médico; (iv) el diseño de una estrategia de aprendizaje basada en la necesidad específica del estudiante, en la que se describen las barreras a las que aquél se enfrenta y su evaluación constante con la finalidad de lograr la máxima autonomía posible en su desarrollo y aprendizaje; y finalmente, (v) el diseño de un currículo flexible en el que se mantienen los objetivos generales de los estudiantes del grado que cursa, pero con un diseño de estrategias diferenciadas y adecuadas a su proceso.

23. Finalmente, el colegio informó que, con posterioridad al 15 de noviembre de 2022, continuó con las estrategias diseñadas para el adolescente en el PIAR, con el acompañamiento constante de la funcionaria designada por la SED para evaluar el proceso pedagógico de los NNA en situación de discapacidad. Sin embargo, advirtió que, luego del 23 de marzo de 2023, el colegio ha citado en dos oportunidades a la madre para efectos de hacer seguimiento al proceso antes indicado, así como verificar el acompañamiento familiar y médico, pero ésta no se ha acercado a las instalaciones de la institución.

24. Como pruebas remitió los soportes de los PIAR adelantados desde el año 2021 en la institución, de los cuales es posible extraer que el menor de edad tiene un buen desempeño

académico, pero que presenta problemas para comunicarse verbalmente y por escrito, así como para permanecer en el aula de clase durante toda la jornada escolar, por lo que se advierten altos niveles de ansiedad, los cuales están siendo tratados en la institución a través de la docente de soporte y el área de orientación. Asimismo, es posible advertir que (i) cuando el NNA ingresó a la institución, aquél contaba con un acompañante terapéutico suministrado por la EPS, servicio que se le retiró por parte del sistema de salud hace cuatro años; (ii) durante un tiempo, la madre realizó el acompañamiento en el aula; y (iii) el colegio ha resaltado a la familia la importancia de cumplir con los controles médicos, para efectos de garantizar una atención integral del NNA, pues es posible verificar que no ha asistido a controles médicos y terapias prescritas por los médicos tratantes, en atención a que la madre indica “que su hijo ya es un joven de 18 años y él no quiere asistir a ninguna terapia y que ella no lo puede obligar” . Lo anterior, a juicio del colegio, es de suma importancia, como quiera que la construcción y evaluación constante del PIAR, requiere de la comprensión integral de la discapacidad que padece el estudiante.

Declaración de la SED

25. En escrito del 25 de mayo de 2023, la SED indicó que a través de la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones se busca que las instituciones educativas públicas de la ciudad tengan un sistema de apoyos que posibiliten el acceso, permanencia y participación de los estudiantes con capacidades diversas en el sistema educativo, dentro de los cuales se encuentran los docentes de apoyo pedagógico, quienes tienen, entre otras, las funciones de: (i) fortalecer los procesos de educación inclusiva a través del diseño, acompañamiento a la implementación y seguimiento de los PIAR; (ii) articular el contenido de estos últimos con la planeación pedagógica y el Plan de Mejoramiento Institucional (PMI); (iii) trabajar con las familias de los estudiantes en situación de discapacidad; (iv) consolidar y refrendar el informe anual del proceso pedagógico o de competencias; (v) sensibilizar y formar a los demás docentes de cada institución; y (vi) aportar en los ajustes institucionales para garantizar la atención pertinente de la población en condición de discapacidad.

26. En este orden de ideas, informó que el Colegio I.E.D. está comprometido con la política de educación inclusiva implementada en la ciudad de Bogotá, por lo que aquél cuenta con la asignación de dos docentes de apoyo pedagógico, cuyas funciones son precisamente acompañar los requerimientos propios de los procesos educativos de los estudiantes en

situación de discapacidad, como es el caso del hijo de la accionante, quien no sólo se encuentra vinculado al sistema, sino que cuenta con un PIAR que se está ejecutando y que está en constante evaluación por parte de los profesionales del colegio, con la finalidad de garantizar una prestación integral del servicio de educación.

27. En desarrollo de lo anterior, explicó que, con posterioridad a la interposición de la acción de tutela que actualmente se revisa, la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones de la SED adelantó dos mesas técnicas de trabajo en la institución con el objeto de verificar las condiciones de inclusión y equidad en la educación para el hijo de la accionante. La primera se llevó a cabo el día 15 de noviembre de 2022, en aras de evaluar el PIAR construido, reunión a la que no asistió la demandante, motivo por el que se agendó una segunda sesión para el 29 de noviembre de 2022, en la que se procedió a contextualizar a la señora Clara sobre las condiciones de la prestación del servicio de educación inclusiva de su hijo, en desarrollo de los parámetros dispuestos en el Decreto 1421 de 2017.

28. En desarrollo de esta segunda mesa técnica, la SED explicó que, luego de revisar el PIAR elaborado por el colegio, pudo verificar que este último se encuentra garantizando el servicio de educación inclusiva, proceso que es apoyado por los dos docentes de apoyo dispuestos por esa dependencia para la institución educativa. Asimismo, se indicó que, para efectos de la evaluación adecuada del PIAR por parte de los docentes, es necesaria una acción articulada entre los sectores de educación y de salud, corresponsabilidad que debe ser garantizada por la familia y que implica que el estudiante asista de forma constante a las citas médicas, controles y terapias indicadas por sus médicos tratantes. Lo anterior, como quiera que, luego de estudiar el PIAR, se pudo advertir que el menor lleva varios meses sin informar sobre los controles médicos y terapéuticos dispuestos por el sistema de salud.

29. Por último, precisó que se acordó realizar otras mesas técnicas durante el 2023, para evaluar la atención integral del estudiante, pero aclaró que, en todo caso, las instituciones educativas de Bogotá no otorgan ni solicitan a las familias servicios o apoyos bajo la figura de “acompañamientos terapéuticos, auxiliares personales, sombras terapéuticas, acompañamientos comportamentales o apoyo asistencial”, en la medida en que el objetivo de la política de educación inclusiva es realizar ajustes razonables para materializar el acceso y la permanencia en el sistema educativo de los NNA en situación de discapacidad, a fin de lograr su autonomía.

Declaración de la señora Clara

30. En escrito remitido el 16 de junio de 2023, la señora Clara informó que su núcleo familiar está compuesto por su hijo, su hermano y su progenitora. Asimismo, indicó que estos dos últimos son quienes se encargan del sostenimiento del hogar, como quiera que debido a la condición de discapacidad de su hijo no puede trabajar, pues se encuentra a cargo de su cuidado.

31. A ello agregó que, en la actualidad, su hijo tiene 18 años y que estudió en el Colegio I.E.D. hasta el 9° grado, el cual cursó en el primer bimestre del año 2023, pues ella decidió retirarlo para continuar la educación en casa con su acompañamiento constante, puesto que, en su criterio, la institución educativa no le brindó “las garantías y seguridad” que su hijo requiere.

32. Finalmente, explicó que en el mes de noviembre del año 2022 asistió a una reunión en el colegio con una delegada de la SED, quien le explicó el funcionamiento del PIAR y le indicó que el acompañamiento de la familia en el desarrollo del proceso pedagógico era importante para el éxito académico del estudiante, en especial en las áreas de matemáticas y español, situación que le generó “mucho estrés”, pues indicó que los horarios del colegio “son cambiantes” y que, por lo mismo, no le quedaba fácil apoyar a su hijo.

II. CONSIDERACIONES

A. A. COMPETENCIA

33. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86.2 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del 28 de febrero de 2023 expedido por la Sala de Selección Número Dos, que dispuso el estudio del presente caso.

B. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

34. De acuerdo con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Así las cosas, la

Sala Quinta de Revisión de la Corte procederá a realizar un análisis sobre (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la inmediatez y, por último, (iii) la subsidiariedad.

35. Legitimación en la causa por activa: El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela directamente o a través de un representante que actúe en su nombre.

36. En este sentido, si bien el titular de los derechos fundamentales es quien, en principio, tiene la carga de interponer el amparo, lo cierto es que es posible que un tercero acuda, en su representación, ante el juez constitucional. En efecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en lo referente al ejercicio de la acción de tutela por parte de una tercera persona, establece que la demanda de amparo puede ser interpuesta por (i) el representante legal de la persona que ha visto vulneradas sus prerrogativas; (ii) por la persona que agencie oficiosamente sus derechos; o (iii) por el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

37. Tratándose de menores de edad, la jurisprudencia constitucional ha indicado que (i) éstos pueden acudir directamente a la acción de tutela; o (ii) puede promoverse la defensa de sus derechos a través de sus representantes legales. Sin embargo, cabe aclarar que, en el inciso 3° del artículo 44 de la Constitución, se dispone que “la familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, circunstancia por la cual, “prima facie, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”. Aun cuando de la citada norma parecería inferirse un mandato amplio de legitimación, es preciso señalar que su alcance ha sido objeto de limitación por la Corte, a partir de las reglas que se derivan de la patria potestad que ostentan los padres, y de la procedencia excepcional de la agencia oficiosa. En este sentido, se ha señalado que:

“En aquellos [casos] en que se busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, la agencia oficiosa sólo será procedente cuando sus padres o, en ausencia de ellos, sus representantes legales, primeros llamados a su protección, estén imposibilitados física o mentalmente para representarlos o cuando, pudiendo hacerlo, no acudan en su defensa. Esta subregla se deriva, por una parte, del reconocimiento que como derecho fundamental le otorga la Constitución a la honra, a la dignidad y a la intimidad de la familia (CP arts. 15 y

42), aunado al rol que se prevé para dicha institución como motor para la protección, amparo y desarrollo de sus integrantes (CP arts. 5, 42 y 44). Y, por la otra, responde a la lógica misma del Decreto 2591 de 1991, en donde la legitimación por activa de la acción de tutela se sujeta a la actuación del titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, directamente o a través de sus representantes, y sólo en aquellos casos en que ello no resulte posible, habilita el actuar del agente oficioso, tal como ya se explicó. Incluso, el artículo 44 del Texto Superior, sujeta la obligación de asistir y proteger al niño, por virtud del cual cualquier persona ‘puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores’, a un orden lógico de actuación, esto es, en primer lugar, la familia y, en segundo término, la sociedad y el Estado”.

38. En el caso concreto, se advierte que la señora Clara interpuso la acción de tutela en nombre de su hijo Pedro, titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, y a quien la EPS Sura le negó la autorización del terapeuta sombra, solicitado para efectos de que acompañe el proceso pedagógico del menor de edad en el colegio público en el que cursa sus estudios. Asimismo, la accionante solicitó la protección del derecho fundamental de petición, como quiera que, para el momento de la interposición del amparo, la SED no había resuelto de fondo una petición interpuesta el día 26 de septiembre de 2022, en aras de solicitar, precisamente, el otorgamiento de un “terapeuta sombra”.

39. A juicio de la Corte, se satisface el requisito de legitimación en la causa por activa, ya que para el momento en que se interpuso el amparo (2 de noviembre de 2022), Pedro tenía la condición de menor de edad, circunstancia por la cual su progenitora podía actuar en defensa de sus derechos, en ejercicio de la representación legal derivada de la patria potestad. Estas condiciones no cambian, aunque en la actualidad Pedro tenga 18 años, por cuanto la presentación de la acción se realizó conforme con los supuestos que se autorizan por la ley, para la época en que se promovió la acción de tutela.

40. Ahora bien, cabe aclarar que el examen sobre las vulneraciones alegadas debe realizarse a la luz de la condición de menor de edad de Pedro por cuanto los hechos que se invocan como justificativos del amparo se produjeron, aparentemente, cuando él tenía dicha condición y, por tal motivo, era titular de una especial protección constitucional. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia T-672 de 2013, en la que se examinó si existió una violación al derecho al debido proceso de un joven, desvinculado de las AUC e investigado por la

presunta comisión del delito de rebelión, a quien le fue negada por las autoridades demandadas la legalidad a la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, a pesar de que para el momento en que se formalizó tal requerimiento, el afectado no había alcanzado los 18 años de edad. Si bien este tribunal negó el amparo solicitado, el examen respecto de la supuesta vulneración invocada, se realizó a partir de los derechos que, como menor de edad, le asistían para la época en que se radicó la solicitud ante las autoridades penales.

41. Legitimación en la causa por pasiva: El artículo 5 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo III del citado Decreto, particularmente, conforme con las hipótesis que se encuentran plasmadas en el artículo 42. Entre ellas, se permite el ejercicio del amparo constitucional contra los particulares que estén encargados de la “prestación del servicio público de salud”, como lo señala de forma expresa el numeral 2° del artículo en cita.

42. La Corte ha sostenido que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos exigencias: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

43. En el caso que nos ocupa, esta Sala de Revisión observa que la EPS Sura está legitimada en la causa por pasiva, por una parte, porque a pesar de su condición de ente particular, es una entidad promotora de salud en los términos del artículo 177 de la Ley 100 de 1993, la cual tiene a su cargo la labor de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del servicio de salud a sus afiliados, entre ellos, el menor de edad; y por la otra, porque fue quien decidió negar el servicio de “terapeuta sombra”, al considerar que no se encuentra previsto en el PBS.

44. Por su parte, si bien el Instituto Roosevelt es una IPS y, por ende, es un particular encargado de la prestación de servicios de salud, lo cierto es que no se advierte que exista alguna conducta vulneradora que le haya sido endilgada por parte del extremo demandante, y tampoco se constata de las pruebas requeridas que pueda ser llamado a tener algún grado

de responsabilidad, en caso de llegar a prosperar el amparo. Por virtud de lo anterior, la Sala lo desvinculará del proceso de tutela de la referencia, dado que no se encuentra legitimado por pasiva.

45. Por otro lado, la SED sí satisface los requisitos de esta legitimación, pues es una entidad pública que forma parte del sector central de la administración distrital en cabeza de la Alcaldía Mayor de Bogotá y, en este sentido, tiene por objeto liderar la ejecución de políticas, planes y programas para garantizar el derecho a la educación en la ciudad de Bogotá. Adicionalmente, ante dicha entidad se presentó la petición por parte de la madre del adolescente, con la finalidad de solicitar el acompañamiento de un “terapeuta sombra”, la cual, según se alega por la parte demandante, hasta la fecha de interposición de la acción de tutela no había sido resuelta de fondo.

46. Finalmente, el Colegio I.E.D. también se encuentra legitimado en la causa por pasiva, en tanto que es una institución educativa pública del Distrito Capital en los términos del artículo 9 de la Ley 715 de 2001, y en ella cursaba sus estudios el demandante en la acción de tutela bajo estudio.

47. Inmediatez: Este tribunal ha expuesto que el propósito de la acción de tutela es asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, como se infiere de lo previsto en el artículo 86 del texto superior. Esto significa que el amparo, por querer del Constituyente, corresponde a un medio de defensa judicial previsto para dar una respuesta oportuna, en aras de garantizar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza, lo que se traduce en la obligación de procurar su ejercicio dentro de un plazo razonable, pues de lo contrario no se estaría ante el presupuesto material para considerarlo afectado.

48. Además de lo anterior, es claro que el requisito de inmediatez evita que el amparo se emplee como un medio que premie la desidia y la indiferencia en la defensa de los derechos, al tiempo que impide que se convierta en un factor de inseguridad jurídica, sobre todo cuando se reclama la solución de situaciones litigiosas o cuando de por medio se hallan derechos de terceros.

49. Si bien la Constitución y la ley no establecen un término de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos

fundamentales, la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al juez de tutela –en cada caso en concreto– verificar si el plazo fue razonable, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, y el surgimiento de derechos de terceros, la acción de tutela se interpuso oportunamente. Este cálculo se realiza entre el momento en que se genera la actuación que causa la vulneración o amenaza del derecho y aquél en la que el presunto afectado acude al amparo para solicitar su protección.

50. En el caso bajo examen, se tiene que la última actuación de (i) la EPS Sura fue la negativa del 6 de octubre de 2022 a la solicitud de asignación de un “terapeuta sombra” para el adolescente; mientras que, frente a (ii) la SED fue la contestación proferida el día 24 del mes y año en cita, en la que remitió por competencia la petición interpuesta por la demandante a una dependencia interna de dicha entidad. Si la acción de tutela fue interpuesta por la parte demandante el 2 de noviembre de 2022, se advierte que, entre uno y otro momento transcurrieron aproximadamente 26 y 8 días, respectivamente, plazo que esta Sala de Revisión estima razonable y proporcionado.

51. Subsidiariedad: De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es (i) improcedente si existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico sometido a decisión y no existe el riesgo de que opere un perjuicio irremediable respecto de los derechos alegados. A esta regla general, se adicionan dos hipótesis específicas que se derivan de la articulación de los citados conceptos, conforme a las cuales: (ii) el amparo es procedente de forma definitiva, si no existen medios judiciales de protección que sean idóneos y eficaces para resolver el asunto sometido a consideración del juez; y, por el contrario, es (iii) procedente de manera transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. En este caso, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

52. Un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. Lo anterior implica que el juez constitucional no puede valorar la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa judicial en abstracto. Por el contrario, debe determinar si,

de acuerdo con las condiciones particulares del accionante y los hechos y circunstancias que rodean el caso, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que estima vulnerados de manera oportuna e integral.

53. Por lo demás, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergable, porque se busca el restablecimiento de forma inmediata.

Procedencia de la acción de tutela en asuntos relacionados con el desconocimiento del derecho a la salud – Reiteración de jurisprudencia

54. Tratándose de discusiones relacionadas con el derecho a la salud, cabe resaltar que el Legislador le asignó a la Superintendencia Nacional de Salud, el ejercicio de la función jurisdiccional a través de la Ley 1122 de 2007. Así, en el literal a) del artículo 41 del citado régimen legal, se previó que dicha entidad podría conocer y fallar en derecho conflictos relativos a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el PBS, siempre que la negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.

55. Para tal efecto, se estableció que la Superintendencia Nacional de Salud tendría que adelantar un procedimiento preferente y sumario no sujeto a los términos dispuestos en el Código General del Proceso, sin perjuicio de lo cual se le impondría el deber de ser respetuoso con el derecho al debido proceso y sometido a los principios de eficacia, publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía y celeridad. El trámite igualmente sería informal y, por ende, alejado de la exigencia de contar con un abogado, pero autorizando la posibilidad de decretar medidas cautelares para evitar la ocurrencia de daños irreversibles.

56. Sin embargo, en la sentencia SU-508 de 2020, este tribunal se refirió a algunas situaciones jurídicas y estructurales que afectan la idoneidad del mecanismo judicial dispuesto ante la Superintendencia Nacional de Salud. En efecto, en dicha oportunidad la Sala Plena argumentó que (i) la Ley 1122 de 2007 y sus modificaciones, dejaron algunos vacíos sobre la reglamentación del proceso, en la medida en que (a) no se estableció con

certeza el término para la resolución de la apelación que se surte ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial; (b) se fijó una competencia limitada a cargo de la Superintendencia, que solo se activa ante la negativa de la prestación del servicio; (c) no se estableció un mecanismo que permita garantizar el cumplimiento de la decisión judicial; y (d) se exigen mayores cargas al agente oficioso, quien está obligado a prestar caución. Aunado a lo anterior, se explicó que (ii) la Superintendencia Nacional de Salud ha informado a la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008, sobre la existencia de algunos inconvenientes administrativos para efectos de resolver estas controversias, en tanto que (a) le es imposible dictar sentencia en 10 días; (b) tienen un retraso de entre dos y tres años en la resolución de estos procesos; y (c) la entidad no cuenta con suficientes regionales para efectos de atender las demandas interpuestas en todo el país.

57. Por lo anterior, la Sala Plena de la Corte concluyó que el mecanismo judicial dispuesto ante la mencionada Superintendencia tan solo tendría la condición de ser un medio plenamente idóneo para la protección del derecho a la salud, hasta tanto se resuelvan las dificultades que se advirtieron en el ejercicio de dicha herramienta jurisdiccional. En este orden de ideas, le corresponderá al juez constitucional realizar el análisis sobre la eficacia del citado mecanismo, frente a las condiciones particulares del caso puesto a su consideración.

58. En el asunto bajo examen, se advierte que el mecanismo judicial previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 no es idóneo ni eficaz para resolver el asunto sometido a consideración de la Sala Quinta de Revisión, porque resulta claramente desproporcionado imponer la carga a la accionante de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para efectos de discutir la controversia planteada, dadas las dificultades observadas por la Sala Plena respecto de la aptitud y eficacia de este proceso, sobre todo por el retraso que existe para su definición, supuesto que dilataría la discusión sobre la asistencia terapéutica requerida por Pedro, para efectos de materializar el acceso a la educación.

59. De esta manera, destaca esta Sala que (i) las potenciales vulneraciones al derecho a la salud por parte de la EPS tienen un vínculo directo con la garantía del derecho a la educación de un adolescente en situación de discapacidad. Por tal razón, (ii) su eventual reconocimiento adquiere un carácter de urgencia, pues se invoca una relación directa con la garantía de los derechos fundamentales de una persona que, en principio, demanda ajustes razonables para gozar plenamente de su diversidad funcional, lo que refuerza la necesidad de que su

reclamación sea valorada con prontitud y suficiencia, atributos que hoy en día no brinda el procedimiento previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud. Estas mismas razones excluyen la posibilidad de que se active un procedimiento ordinario ante la Jurisdicción Laboral, a la luz de lo previsto en el numeral 4° del artículo 2 del CPTSS, lo que se refuerza con los elementos de prueba que fueron recaudados en sede de revisión, en los que se advierte que la demandante no tiene ingresos fijos, ya que con ocasión de la discapacidad de su hijo, según afirma y no fue contradicho, se ha visto obligada a permanecer en el hogar para efectos de asumir su cuidado.

60. Así las cosas, respecto del asunto bajo examen, esta Sala de Revisión considera que el amparo constitucional es procedente, ya que el extremo accionante no cuenta con un mecanismo de defensa judicial distinto de la acción de tutela, que le permita obtener, con idoneidad y eficacia, la defensa de sus derechos.

Procedencia de la acción de tutela en asuntos relacionados con el desconocimiento del derecho de petición – Reiteración de jurisprudencia

61. Respecto de la presunta transgresión del derecho fundamental de petición, que igualmente se alega en la presente causa, esta Sala advierte que no existe en el ordenamiento jurídico otro mecanismo judicial dispuesto para reclamar su cumplimiento, por lo que este tribunal ha aceptado que la acción de tutela es el medio judicial idóneo y eficaz para resolver sobre la vulneración de este derecho fundamental.

62. En esta oportunidad, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión responder el siguiente problema jurídico: ¿vulneraron la EPS Sura, la SED y el Colegio I.E.D. los derechos a la salud y a la educación de un NNA diagnosticado con TEA, déficit de atención e hiperactividad, al no autorizar a su favor el servicio de “terapeuta sombra” requerido directamente por la accionante, con el propósito de brindarle a su hijo un acompañamiento en las actividades escolares que se desarrollan al interior del colegio?

63. Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, la Corte reiterará las reglas jurisprudenciales relativas (i) al derecho a la salud de los NNA en situación de discapacidad; luego de lo cual abordará (ii) el análisis de los servicios y tecnologías de salud excluidos del PBS; y (iii) el derecho a la educación inclusiva. Con base en lo anterior, (iv) resolverá el caso concreto. No obstante lo anterior, con fundamento en los antecedentes y pruebas

recaudadas en sede de revisión, se hace necesario antes de abordar el examen del caso concreto, evaluar si existe o no una carencia actual de objeto en relación con la solicitud de petición formulada por la accionante ante la SED. Dicha entidad accionada contestó la petición interpuesta por la accionante antes de que fuera proferido el fallo de tutela de primera instancia.

D. CUESTIÓN PREVIA: CARENIA ACTUAL DE OBJETO. Reiteración de jurisprudencia

64. Al respecto, por regla general, en desarrollo de un proceso de tutela, al juez constitucional le corresponde verificar, en un primer momento, los requisitos de procedencia previstos en el artículo 86 de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, y si estos se acreditan, como ocurre en el caso bajo examen, deberá determinar la configuración o no de la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, puede ocurrir que una vez superado el análisis de procedibilidad del recurso de amparo, el fallador encuentre que ha ocurrido una variación sustancial de los hechos que motivaron la interposición del amparo constitucional, con la consecuencia de que desaparezca el objeto de litigio, ya sea porque (i) las pretensiones fueron satisfechas; (ii) ocurrió el daño que se pretendía evitar; o (iii) se perdió el interés en la prosperidad de la acción.

65. Las hipótesis antes mencionadas han sido identificadas por la Corte como (i) el hecho superado; (ii) el daño consumado y (iii) la situación sobreviniente, respectivamente. De suerte que, cuando se presenta alguna de estas figuras, se ha considerado que los jueces de tutela están frente a una circunstancia excepcional que, por regla general, les impide decidir de fondo la acción interpuesta, como quiera que la misma perdió su razón de ser y, por ello, una orden al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”, motivo por el cual deben declarar la carencia actual de objeto.

66. En líneas generales, el fenómeno del hecho superado se encuentra previsto en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 y se refiere a la satisfacción integral de las pretensiones entre el momento de la interposición de la acción de tutela y la sentencia, con fundamento en actuaciones atribuibles a la mera voluntad del extremo accionado en el proceso. Su ocurrencia implica que el pronunciamiento del juez constitucional se torna inane, como quiera no es posible ordenar (i) hacer algo que ya se realizó, o (ii) abstenerse de desplegar una conducta que ya cesó.

67. En suma, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, se requiere, como mínimo, lo siguiente: “(i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a su voluntad”.

68. En segundo término, el daño consumado se presenta cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el plazo previsto para la adopción de la sentencia, se materializa el perjuicio que se pretendía evitar con el amparo constitucional, siempre que el menoscabo se torne irreversible. En este escenario, al no ser posible reestablecer el derecho fundamental vulnerado, lo que corresponde es el resarcimiento del daño causado, pretensión que, en principio, no puede ser agotada mediante el ejercicio de la acción de tutela, puesto que su finalidad no es la de actuar como mecanismo de reparación de perjuicios. Para que el juez constitucional declare la configuración de un daño consumado, es preciso verificar que “(i) ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que la misma derive en una afectación al peticionario; (iii) que esa afectación sea resultado de la acción u omisión atribuible a la parte accionada que motivó la interposición de la acción; y (iv) que, como consecuencia de ello, ya no sea posible al juez acceder a lo solicitado”. Ello ocurre, por ejemplo, cuando tras la muerte del accionante, se desnaturaliza la protección del derecho a la salud, el cual se buscaba garantizar por medio de una tutela.

69. Finalmente, el acaecimiento de una situación sobreviniente se configura en aquellos casos en los que, entre la interposición de la acción y el momento del fallo, cambian las condiciones fácticas que dieron origen al proceso, bien sea porque (i) el accionante asumió una carga que no le correspondía; (ii) perdió interés en el resultado del proceso; o (iii) las pretensiones son imposibles de llevar a cabo. En todo caso, esta hipótesis se diferencia del hecho superado, en tanto que la variación de los hechos no ocurre en virtud de una actuación voluntaria del extremo accionado.

70. La Corte ha declarado la carencia actual de objeto por la ocurrencia de un hecho sobreviniente, en casos en que “(i) la vulneración cesó en cumplimiento de una orden judicial, [distinta de aquellas que sean proferidas en el curso del proceso de tutela]; (ii) la situación del accionante mutó, de tal forma que ya no requiere lo que había solicitado

inicialmente; y (iii) se reconoció a favor del demandante un derecho, que hizo que perdiera el interés en el reconocimiento de lo que solicitaba en la tutela”. Para que el juez pueda declarar la carencia actual de objeto en aplicación de esta causal le compete verificar la variación de las condiciones que dieron origen al proceso judicial, y que, como consecuencia de lo anterior, el demandante haya perdido el interés en el resultado de lo reclamado o simplemente que las pretensiones no puedan hacerse efectivas, como ya se dijo, por hechos no atribuibles a la mera voluntad del extremo accionado.

71. En conclusión, cuando se presenta cualquiera de las tres hipótesis explicadas en el presente acápite, por regla general, el juez deberá declarar la carencia actual de objeto y no le corresponde, en principio, pronunciarse de fondo, salvo en las circunstancias que han sido explicadas por la jurisprudencia constitucional. Así, en tratándose del daño consumado, “(...) en los casos [i] en que [su] consumación (...) ocurre durante el trámite de la acción (en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional), o [ii] cuando –bajo ciertas circunstancias– se impone la necesidad del pronunciamiento por la proyección que pueda tener el asunto (art. 25 del Decreto 2591 de 1991), o [iii] por la necesidad de disponer correctivos frente a personas que puedan estar en la misma situación o que requieran de especial protección constitucional”. Y, frente a los casos de hecho superado o de situación sobreviviente, “(...) cuando sea evidente que la providencia objeto de revisión debió haber sido decidida de una forma diferente (pese a no tomar una decisión en concreto, ni impartir orden alguna), para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”.

Configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado frente a la vulneración del derecho fundamental de petición

72. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional advierte que, en cuanto a la pretensión relacionada con la vulneración del derecho de petición por parte de la SED, se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, en los términos dispuestos en esa providencia. En efecto, les asiste razón a los jueces de tutela de primera y segunda instancia, al concluir que, frente a la trasgresión alegada de este derecho, no cabe adelantar un examen de fondo. Lo anterior, dado que en la contestación a la demanda a

cargo de la SED, se informó sobre la resolución de fondo de la petición realizada por la accionante, la cual fue remitida al correo electrónico desde el cual se realizó la solicitud el día 6 de noviembre de 2022, por lo que (i) variaron los hechos que originaron la interposición del recurso de amparo; (ii) se obtuvo finalmente una respuesta de la administración derivada del ejercicio del citado derecho; y (iii) a tal conducta se llegó de forma voluntaria por la SED, como entidad demandada en el proceso que se encuentra bajo revisión.

73. Ahora bien, en cuanto al contenido de la respuesta emitida por la entidad, la Sala advierte que la misma resolvió de fondo el requerimiento planteado por la demandante. Del análisis de la petición interpuesta el día 26 de septiembre de 2022 se observa que, luego de hacer un breve recuento de los supuestos fácticos que rodean la situación de discapacidad de su hijo, la señora Clara petitionó lo siguiente a la SED: “de manera respetuosa y de forma inmediata, solicito el acompañamiento presencial de un profesional de la salud para el tratamiento de autismo de mi hijo (...)”. Por otro lado, en la contestación realizada el 6 de noviembre de 2022 por la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones de la citada entidad se informó a la demandante que, en el marco normativo y misional, aquella no otorga servicios de acompañamiento bajo la figura de “terapeuta sombra” o similares, como quiera que su finalidad es la de implementar políticas de carácter pedagógico, no clínico, terapéutico o médico, las cuales buscan garantizar la inclusión de poblaciones que gozan de especial protección constitucional en el sistema educativo.

74. Adicionalmente, se indicó que conforme con lo previsto en el Decreto 1421 de 2017, el diseño de la política de educación inclusiva en Bogotá apuesta por el acceso y la participación de los estudiantes en la propuesta curricular de la educación formal sin discriminación alguna, por lo cual se deben diseñar ajustes razonables entendidos como “las acciones, adaptaciones, estrategias, apoyos, recursos o modificaciones necesarias y adecuadas del sistema educativo y la gestión escolar, basadas en necesidades específicas de cada estudiante, que persisten a pesar de que se incorpore el Diseño Universal de los Aprendizajes, y que se ponen en marcha tras una rigurosa evaluación de las características del estudiante con discapacidad”, los cuales se materializan a través de un proceso de atención educativa basado en un sistema de apoyos que permiten asegurar el acceso, la permanencia y la participación de los estudiantes con discapacidad, dentro de los que se encuentran los docentes de apoyo pedagógico, el personal de apoyo comunicativo (intérpretes en lengua de señas, guías intérpretes y mediadores) y los auxiliares de

enfermería, quienes brindan acompañamiento a las instituciones educativas distritales, según las necesidades de los estudiantes en situación de discapacidad.

75. Finalmente, y en lo que tiene que ver con la situación particular de Pedro la SED manifestó que, con la finalidad de dar seguimiento a su proceso educativo, adelantaría unas mesas de trabajo con el colegio en el que se encuentra matriculado, para efectos de valorar la atención que se le está brindado en el marco de la política de educación inclusiva de la ciudad.

76. Por consiguiente, para la Sala Quinta de Revisión no cabe duda de que la contestación proferida por la SED resolvió de fondo el cuestionamiento planteado, en la medida en que (i) le indicó a la demandante que la figura del “terapeuta sombra” no es un servicio que sea competencia de dicha entidad; (ii) le explicó el funcionamiento del sistema de educación inclusiva de los colegios públicos de Bogotá y; (iii) finalmente, se comprometió a evaluar la situación de Pedro al interior del colegio, para efectos de verificar si aquél ha sido beneficiario de las políticas de educación inclusiva dispuestas en la ciudad.

77. Dada la satisfacción del derecho de petición, en la parte resolutive de esta sentencia, la Corte declarará la configuración de una carencia actual de objeto por hecho superado. No obstante, no ocurre lo mismo con el análisis de la presunta vulneración de los derechos a la salud y a la educación, razón por la cual la Sala procederá a estudiar de fondo esta pretensión para efectos de verificar si existe o no lugar a amparar la procedencia del servicio de “terapeuta sombra” solicitado por la demandante, con la intención de que aquél brinde soporte a su hijo en el colegio.

78. En este punto, cabe aclarar que, si bien la señora Clara decidió de forma voluntaria retirar a su hijo del colegio público en el que estudiaba, de acuerdo con lo manifestado en sede de revisión, tal conducta no puede considerarse como constitutiva de una carencia actual de objeto en ninguna de sus tres modalidades. En cuanto al hecho superado, porque no se logró la obtención de la pretensión buscada por la accionante (esto es, acceder al servicio de terapeuta sombra). En lo referente al daño consumado, porque el retiro de la institución educativa podría llegar a ser reversible, a partir de las resultas de este proceso. Y, en lo que atañe al hecho sobreviniente, porque la decisión de dejar el colegio (i) no se originó en la circunstancia de que la accionante hubiese asumido una carga que no le correspondía;

(ii) perdiera interés en la pretensión; o (iii) su resultado sea imposible de llevar a cabo; sino porque, en criterio de la actora, la institución educativa no le ofreció las condiciones necesarias para asegurar la continuidad del proceso educativo de su hijo, situación que obliga a la Corte a determinar si, en este caso, ocurrió o no la vulneración alegada, en los términos expuestos en el párrafo anterior.

E. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS NNA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. Reiteración de jurisprudencia

79. El artículo 44 de la Constitución establece que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. La fórmula anterior proviene de la consagración de Colombia como un Estado Social de Derecho y se traduce en el amplio grado de protección que tienen los menores de edad en la sociedad, pues se trata de sujetos que gozan de un especial reconocimiento constitucional. En este orden de ideas, la garantía del interés superior de los NNA es un asunto que compete a la familia, a la sociedad en general y al Estado, por lo que todas las medidas que les conciernan deben atender a un trato preferente, de forma que se asegure su desarrollo integral y armónico como miembros de la comunidad.

80. La fórmula relativa al especial y preferente cuidado que se debe otorgar a los menores de edad también se encuentra prevista en el derecho internacional, en tanto que en ese escenario han sido catalogados como sujetos de especial protección, con la finalidad de que los Estados implementen políticas y medidas tendientes a garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Precisamente, respecto de los derechos de los NNA en situación de discapacidad, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el derecho a recibir cuidados especiales, así como el deber de los Estados de alentar y asegurar la asistencia adecuada que requieran, brindando apoyo a los padres según sus circunstancias económicas y con sujeción a los recursos disponibles.

81. En el ordenamiento jurídico interno se han desarrollado los principios constitucionales y las obligaciones internacionales contraídas por Colombia en materia de protección de los menores de edad en situación de discapacidad. En efecto, en cuanto al derecho a la salud, el artículo 36 de la Ley 1098 de 2006 establece que “todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado, rehabilitación y cuidados especiales en

salud, educación, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención (...). Lo que resulta armónico con los numerales 9 y 12 del artículo 46 de la misma ley, los cuales contemplan las obligaciones especiales y correlativas del Sistema de Seguridad Social en Salud con los NNA.

82. Adicional a lo expuesto, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 precisó que la atención en salud de los menores de edad en situación de discapacidad no debe verse comprometida por ningún tipo de restricción administrativa o económica, en la medida en que se trata de sujetos que gozan de una especial protección por parte del Estado.

83. En virtud de lo expuesto, para la Corte es claro que los NNA en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y, en este orden de ideas, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a garantizar la primacía de sus derechos, incluyendo el acceso efectivo de forma preferente, prevalente y sin trabas administrativas a los servicios cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

F. SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD EXCLUIDAS EN EL PLAN DE BENEFICIOS. Reiteración de jurisprudencia

84. De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Esta mención dada por el Legislador corresponde a una nueva concertación sobre su contenido, que se origina desde la sentencia T-859 de 2003, posteriormente reiterada en la sentencia T-760 de 2008, en la que la Corte ya había admitido el carácter fundamental de este derecho, a través de un proceso de reconceptualización que advierte que sus pretensiones se encuentran vinculadas de forma directa con la garantía de la dignidad humana, que son susceptibles de ser reclamadas como derecho subjetivo, y que gozan de pleno reconocimiento y de corresponsabilidad.

85. Siguiendo lo expuesto, y con miras a determinar el contenido prestacional del derecho fundamental a la salud, en la sentencia C-313 de 2014, la Corte explicó que la Ley 1751 de 2015 contempla un modelo de exclusión expresa, por virtud del cual el Legislador abandonó la distinción entre servicios y tecnologías de la salud: excluidos expresamente, incluidos expresamente e incluidos implícitamente, y optó por una regla general en la que “todo servicio que no esté expresamente excluido, se encuentra incluido dentro del plan de

beneficios”.

86. La Ley 1751 de 2015 dispuso que la prestación del servicio de salud debería realizarse desde la concepción integral del derecho, que incluyera su promoción, prevención, paliación, la atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas. No obstante, el Legislador fue claro en establecer en el artículo 15 de la citada ley que, en ningún caso, podrían financiarse con los recursos públicos destinados a la salud, los servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

i. (i) Aquellos que tengan como finalidad un procedimiento cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;

() Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;

() Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;

() Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;

() Que se encuentren en fase de experimentación; y

() Que tengan que ser prestados en el exterior.

87. En todo caso, en la citada sentencia C-313 de 2014, la Sala Plena estableció las siguientes subreglas para efectos de verificar las exclusiones del PBS:

(87) Las exclusiones deben fundamentarse en los criterios previstos en el inciso 2° del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

(87) Toda exclusión deberá ser expresa, clara y precisa, para ello el Ministerio de Salud o la autoridad competente deberá establecer cuáles son los servicios y tecnologías excluidos, mediante un procedimiento técnico científico público, colectivo, participativo y transparente; y

88. En desarrollo de lo anterior, el procedimiento de exclusiones se llevó a cabo por el

Ministerio de Salud y Protección Social (en adelante, “MSPS”) en varias etapas, que culminaron con la expedición de las Resoluciones 5267 y 5269 de 2017, las cuales han sido actualizadas por las Resoluciones 2292 de 2021 y 2273 de 2021, vigentes desde el 1° de enero de 2022, es decir, para el momento en el que ocurrieron los hechos objeto de análisis por parte de la Sala Quinta de Revisión de la Corte.

89. Más allá del modelo de exclusión expresa, uno de los principales componentes de la salud es el derecho al diagnóstico, cuya conceptualización se llevó a cabo en la sentencia SU-508 de 2020, en la que esta corporación explicó que “se trata de un componente integral del derecho fundamental a la salud e implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere”. Por lo demás, para efectos de que exista un diagnóstico eficaz, señaló que es necesario que se agoten las siguientes etapas: “(i) la etapa de identificación, que comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente; (ii) una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso y; (iii) finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente”.

90. En lo que respecta al tratamiento del TEA (trastorno del espectro por autismo atípico), en la Resolución 4251 de 2012, el Ministerio de Salud y de Protección Social estableció que la terapia con enfoque ABA “es un programa para pacientes con diagnóstico de autismo, el cual contiene intervenciones, actividades y procedimientos de salud y educación”. Sin embargo, el Ministerio aclaró que muchas de las terapias dispuestas bajo esa línea “no cuentan con evidencia científica sobre su seguridad y efectividad (...)”. Precisamente, en lo que tiene que ver con el servicio de “tutor sombra” o “sombras terapéuticas”, la autoridad sanitaria dispuso que esta “no encuentra evidencia que demuestre su efectividad en las personas con diagnóstico de trastorno del espectro autista (...)”, puesto que “(...) la discapacidad de la persona con trastorno del espectro autista, es el resultado de la relación entre las dificultades del individuo [y] los apoyos que recibe del entorno (...)”, por lo que “uno de los objetivos de las terapias es lograr la inclusión y participación en los contextos y ámbitos sociales (...)” y, en ese sentido, “las llamadas sombras terapéuticas pueden llegar a ser obstáculos en el favorecimiento del desarrollo de la persona (...)”, afectando de esta forma su autonomía.

91. En consideración de lo anterior, en cuanto a la efectividad de las sombras terapéuticas, el Ministerio de Salud y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS), concluyeron que: (i) no era recomendable el uso de “sombras terapéuticas”, pues no contribuyen a fortalecer la autonomía de las personas con Trastornos del Espectro Autista; (ii) tampoco encontraron evidencia que demuestre la efectividad de este tipo de terapias y, por el contrario, expertos conceptuaron que no es una modalidad de tratamiento reconocido “oficialmente”; y que, en últimas; (iii) el “uso de “auxiliares personales” son medidas de soporte o servicios de “respiro”, que buscan mejorar “la calidad de vida familiar”.

92. Lo anterior explica el motivo por el que las sombras terapéuticas se encuentran excluidas de las coberturas del Plan de Beneficios en Salud para cualquier patología, puesto que en cumplimiento del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, estas no cuentan con evidencia científica sobre su efectividad para el tratamiento del TEA y, en ese orden de ideas, es uno de los servicios expresamente excluidos, de acuerdo con lo previsto en el anexo técnico 89 de la Resolución 2273 de 2021, vigente para el momento de los hechos, esto es, para el mes de noviembre de 2022.

G. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA. Reiteración de jurisprudencia

93. De conformidad con el artículo 67 de la Constitución, “la educación es un derecho y un servicio público que tiene una función social (...)” y, en ese orden de ideas, “el Estado, la sociedad y la familia son responsables” de su realización. Con fundamento en lo dispuesto en varios tratados internacionales suscritos por Colombia sobre la materia, este tribunal ha considerado que la educación es un derecho fundamental, en particular, en relación con los NNA, puesto que se trata de sujetos de especial protección constitucional según lo previsto en el artículo 44 de la Carta, prerrogativa que debe materializarse también frente a los NNA que se encuentran en situación de discapacidad, a la luz de lo consagrado en el artículo 47 del texto superior.

94. Por lo anterior, en la jurisprudencia constitucional, se ha admitido que la educación es “(i) un derecho inherente a la persona; (ii) un servicio público esencial, gratuito y obligatorio en el nivel básico primario; (iii) cuya prestación debería lograr, al menos, que los menores de 18 años accedan a un año de preescolar, cinco de primaria y cuatro de secundaria; (iv) a las entidades públicas de orden nacional y territorial corresponde asegurar el cubrimiento

adecuado, junto con las condiciones de acceso y permanencia; (v) el Estado debe contribuir, mediante acciones positivas, para eliminar las barreras de acceso a una educación de calidad que enfrentan los NNA en condición de discapacidad; y (vi) finalmente, tiene cuatro características principales: aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad”.

95. Respecto del derecho a la educación de los NNA con capacidades diversas, se pronunció la Corte en la sentencia T-170 de 2019, providencia en la que explicó que en desarrollo de los artículos 13 y 67 de la Constitución, así como del artículo 36 de la Ley 1098 de 2006, se advierte que la educación debe ser inclusiva y contar con un enfoque social, puesto que la misma debe velar porque “concurran en el aula de clase estudiantes con capacidades diferentes para aprender y acceder al conocimiento (...)”, por lo que no es posible apartarlos de los demás con fundamento “en sus características personales[,] muchas de las cuales tradicionalmente han sido catalogadas y percibidas como limitaciones individuales”. En este sentido, esta corporación concluyó que el Estado debe garantizar 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”.

96. En todo caso, como se desprende de la lectura del artículo 67 de la Constitución, si bien la educación es un derecho y un servicio público que compete garantizar al Estado, lo cierto es que la familia también tiene la carga de colaborar en la materialización de esta garantía. En efecto, el artículo 10 de la Ley 1098 de 2006 prevé que el ejercicio de los derechos de los NNA es una tarea en la que son corresponsables la familia, la sociedad y el Estado.

98. En cumplimiento de lo anterior, el Ministerio de Educación profirió el Decreto 1421 de 2017, norma en la que se reglamentó la educación inclusiva y la atención de la población en situación de discapacidad. En particular, se consideró que el acceso debería realizarse con fundamento en unos ajustes razonables, los cuales se definieron como “las acciones, adaptaciones, estrategias, apoyos, recursos o modificaciones necesarias (...) basadas en necesidades específicas de cada estudiante”. Para tal efecto, se creó la herramienta

denominada Planes Individuales de Ajustes Razonables (PIAR), instrumento dirigido a “garantizar la pertinencia del proceso de enseñanza y aprendizaje del estudiante con discapacidad dentro del aula, respetando sus estilos y ritmos”.

99. De conformidad con la citada norma, el PIAR es un proyecto que se deberá desarrollar para cada NNA en situación de discapacidad y que deberá ser liderado por la institución, los docentes de apoyo, la familia y el mismo estudiante, exigiendo como mínimo los siguientes aspectos: “(i) descripción del contexto general del estudiante dentro y fuera del establecimiento educativo (hogar, aula, espacios escolares y otros entornos sociales); (ii) valoración pedagógica; (iii) informes de profesionales de la salud que aportan a la definición de los ajustes; (iv) objetivos y metas de aprendizaje que se pretenden reforzar; (v) ajustes curriculares, didácticos, evaluativos y metodológicos para el año electivo (SIC), 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 que ya están programados en el aula, y que incluyan a todos los estudiantes; (viii) información sobre alguna otra situación del estudiante que sea relevante en su proceso de aprendizaje y participación y (ix) actividades en casa que darán continuidad a diferentes procesos en los tiempos de receso escolar”.

100. En relación con el PIAR se pronunció la Corte en la sentencia T-364 de 2019, providencia en la que fue identificado como una herramienta fundamental para la educación inclusiva, puesto que su finalidad es “lograr que el sistema educativo se adapte a las necesidades del estudiante, y no que el estudiante sea quien deba adaptarse al entorno educativo”. En todo caso, el PIAR debe responder a las necesidades particulares de cada NNA, por lo que se ha considerado que en el marco de su implementación es posible prever, como ajuste razonable, la necesidad de un acompañamiento en el aula de clase por parte de profesionales especializados en la atención de estudiantes en situación de discapacidad, el cual puede ser permanente o intermitente, carga que en principio debe ser asumida por el sistema educativo.

H. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

101. Con base en las consideraciones previamente expuestas, la Sala Quinta de Revisión considera que la EPS Sura, la SED y el Colegio I.E.D. no vulneraron los derechos a la salud y a

la educación de Pedro, en atención a las razones que pasan a exponerse

La EPS Sura no vulneró el derecho a la salud de Pedro

102. De las subreglas jurisprudenciales previamente señaladas en esta sentencia, se advierte que los NNA en situación de discapacidad gozan de una especial protección constitucional y que, en ese sentido, el servicio de salud debe ser prestado de manera preferente y prevalente, garantizando los servicios cubiertos por el sistema, sin que se interpongan trabas administrativas.

103. En este sentido, la Ley 1751 de 2015 introdujo en el ordenamiento jurídico un nuevo modelo, en el que se optó por una regla general, en la que todo servicio que no esté expresamente excluido se encuentra incluido dentro del plan de beneficios en salud, motivo por el que el artículo 15 de la citada ley previó que cuando un servicio o tecnología de salud no cuente con evidencia científica sobre su efectividad, el mismo podrá constituir una exclusión. En este orden de ideas, si bien para el tratamiento del TEA es posible acudir a terapias con enfoque ABA, algunas de ellas no cuentan con soporte sobre su eficacia, como es el caso de las “sombras terapéuticas”, motivo por el cual se encuentran expresamente excluidas en la Resolución 2273 de 2021, vigente desde el 1° de enero de 2022, es decir, para el momento en que ocurrieron los hechos objeto de la acción de tutela.

104. Por consiguiente, la negativa a su otorgamiento corresponde en principio a una decisión válida y amparada por el ordenamiento jurídico, en la medida en que responde a una exclusión expresa del régimen actual de coberturas en salud. A pesar de lo anterior, y como ya se mencionó, es posible que el juez constitucional exceptúe la aplicación del listado de exclusiones, siempre que verifique que existe orden médica de un profesional de la salud y que, más allá de eso, advierta “(i) [una justificación] con base en criterios médico-científicos que el paciente va obtener una mejoría o progreso en su salud (sic); (ii) [una explicación del] por qué la terapia tipo ABA ordenada, ‘no puede ser sustituid[a] o reemplazad[a] por uno de los servicios incluidos en el POS’ [hoy PBS]; y (iii) [una prueba que acredite que] (...) [el] accionante no tienen los recursos para sufragar las terapias tipo ABA”, en cumplimiento de las subreglas jurisprudenciales dispuestas en la sentencia C-313 de 2014, recogidos en la sentencia T-802 de 2014.

105. En el caso sub examine, se tiene que la madre de Pedro solicitó ante la EPS Sura el

acompañamiento presencial de un profesional de la salud “terapeuta sombra” para su hijo diagnosticado con TEA y otras patologías. Por su parte, la EPS Sura contestó la petición interpuesta, indicando que no existe orden médica que soporte el requerimiento de ese servicio y que, en todo caso, el mismo se encuentra expresamente excluido del PBS. Ello se reitera en la contestación de la acción de tutela, en donde, además, la EPS enfatizó sobre la falta de evidencias científica que tienen las “sombras terapéuticas” en el manejo del TEA en NNA en situación de discapacidad.

106. A lo expuesto se suma al hecho de que, revisada la historia clínica que se anexa a la demanda, se advierte que el 17 de enero de 2022, Pedro fue valorado por un profesional de la salud adscrito a la IPS Neurofamilia, el cual conceptuó que, para la fecha, aquél se encontraba (i) estable y escolarizado, y (ii) con algunas dificultades en su comportamiento que mejoraban con el uso del medicamento prescrito. En virtud de lo anterior, y de acuerdo con el protocolo para el tratamiento del TEA proferido por el MSPS en el año 2015, enfatizó que, cuando un paciente requiere acompañamiento superior a las ocho horas, aquél no puede excluir a la familia y que, en el caso particular, si bien el mismo no era necesario, la madre del NNA estaba en condiciones de realizarlo, dado que recibió un entrenamiento certificado para el efecto, por lo que no consideró obligatorio prescribir una orden médica para otorgar el “terapeuta sombra”.

107. En atención a lo anterior, esta Sala no advierte que se configuren las condiciones para exceptuar el listado de exclusiones previstas en la Resolución 2273 de 2021, en los términos dispuestos en la sentencia C-313 de 2014, por cuanto es claro que el servicio de “sombras terapéuticas” está expresamente excluido del PBS y, en todo caso, no existe una prescripción del médico tratante que avale el requerimiento realizado. Por lo demás, vista la historia clínica tampoco consta la necesidad del servicio y, por el contrario, en el evento en que se demandara algún tipo de acompañamiento, el profesional de la salud consideró que el mismo podía ser realizado por la demandante, ya que recibió un entrenamiento especial para el efecto.

108. Frente al derecho a la educación, en esta sentencia se puso de presente que los NNA en situación de discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, la cual deberá estar en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado. En concreto, este último está obligado a ofrecer condiciones para asegurar la accesibilidad y la permanencia en el sistema educativo, en las

mimas condiciones para todos los menores de edad.

109. En desarrollo de lo anterior, en el Decreto 1421 de 2017, el Ministerio de Educación previó que las instituciones educativas deberán diseñar un PIAR de acuerdo con las necesidades de cada estudiante, con la finalidad de establecer medidas diferenciadas que, como ajustes razonables, les permita desarrollar los objetivos pedagógicos propuestos. De ahí que, si bien es posible que se determine la necesidad de un acompañamiento especializado por parte de un profesional para el NNA en situación de discapacidad dentro del aula de clase, este es un servicio que debe ser determinado por el colegio y que, por lo mismo, corresponde garantizar al sistema educativo y no de salud.

110. De las pruebas recaudadas en sede de revisión, la Sala identificó que el adolescente se encontraba cursando el grado noveno en el Colegio I.E.D de la ciudad de Bogotá, institución a la que ha estado vinculado en calidad de estudiante desde el tercer grado. En este colegio se elaboró a su favor un PIAR, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1421 de 2017, en el que se advierte que aquél cuenta con una caracterización familiar, social y de salud, que permite que la institución tenga claro el diagnóstico su situación, así como las condiciones en las que habita junto con su madre, abuela y tío, quienes se encargan de su cuidado. Sin embargo, pese a ello, la madre del accionante decidió de manera voluntaria retirarlo de la institución educativa, por considerar que la misma no garantiza las condiciones adecuadas para que aquél culmine su ciclo escolar.

111. En el PIAR se advierte que la institución educativa indicó que, si bien Pedro tiene un buen desempeño escolar, presentó algunas dificultades relacionadas con la socialización, la ansiedad y la dificultad de autocontrol, motivo por el que solía evadirse del salón de clase con relativa frecuencia. Asimismo, en lo relacionado con las metas académicas, el PIAR relaciona cada una de las asignaturas del grado noveno, así como las condiciones flexibilizadas o no en las que el adolescente se desarrollaba dependiendo de las barreras identificadas y de sus intereses particulares.

112. Finalmente, en el documento se consignan las recomendaciones para la familia, los docentes, los directivos docentes y sus pares, en cuanto al proceso pedagógico del adolescente. En particular, a la madre se le recomendó (i) la organización de rutinas en casa para facilitar las actividades diarias; (ii) la importancia de la asistencia continua a las citas

médicas, para que se determinara el apoyo terapéutico requerido; y (iii) el acompañamiento de ella en los procesos pedagógicos de la institución. En este punto, el informe advierte que la señora Clara no tiene buena recepción frente a las recomendaciones del colegio, no asiste a las citas realizadas y cambia las rutinas de su hijo, sin ninguna aproximación a los profesionales del área de orientación y de apoyo pedagógico.

113. De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que la SED no ha vulnerado el derecho fundamental a la educación de Pedro, como quiera que, en cumplimiento de la política de educación inclusiva, aquél se encontraba vinculado en calidad de estudiante a una institución educativa pública de la ciudad de Bogotá, lugar en el que elaboraron un PIAR a su favor para garantizar su acceso y continuidad en el proceso educativo en condiciones de igualdad. En tal sentido, se identificaron metas pedagógicas, barreras existentes, así como las medidas diferenciadas sujetas a evaluación para efectos de dar continuidad al proceso pedagógico. Entre estos ajustes razonables, los profesionales no consideraron la necesidad de un apoyo terapéutico permanente en el aula de clase, sino que, desde su concepto, la docente especializada con la que cuenta la institución tenía la capacidad para apoyar el proceso pedagógico, el cual, además, requería del acompañamiento de la familia y de una atención integral de los sistemas de educación y de salud.

114. En ese orden de ideas, llama la atención que, pese al compromiso demostrado por el sistema educativo de la ciudad de Bogotá en cuanto a la construcción del PIAR y al seguimiento del mismo, la señora Clara decidiera retirar voluntariamente a su hijo de la institución en la que cursaba sus estudios. En términos constitucionales, la Sala resalta que el derecho a la educación no solo debe ser garantizado por el Estado, sino que también le compete a la familia, conforme se dispone en el artículo 67, pues es claro que para efectos de materializar el derecho a la educación inclusiva es necesario que los NNA en situación de discapacidad, más allá de contar con oferta institucional para acceder al sistema educativo –en el que se implemente el sistema de ajustes razonables– obtengan el compromiso de su familia en el seguimiento de las recomendaciones de los profesionales de las instituciones educativas, apoyando de manera constante el proceso en el hogar y garantizando la asistencia a los controles médicos dispuestos para establecer el protocolo terapéutico que ayude en el tratamiento de las patologías diagnosticadas por los médicos tratantes.

115. Por consiguiente, y sobre la base de lo expuesto, no se advierte que la SED hubiese

vulnerado el derecho a la educación inclusiva de Pedro como quiera que (i) aquél contaba con un cupo en una institución educativa del distrito, en la que se había diseñado un PIAR para apoyar su proceso pedagógico, sin que se indicara la necesidad de contar con un “terapeuta sombra”. Además, (ii) no se advierte que el colegio hubiese impuesto trabas para prestar el servicio de educación, por el contrario, siempre estuvo dispuesto a realizar los ajustes razonables que resultaran pertinentes, a partir de la valoración de los profesionales especializados en la materia. De ahí que, (iii) la decisión de Clara de retirar de manera voluntaria a su hijo del Colegio I.E.D., no puede imputarse a un actuar displicente ni negligente por parte de dicha institución o de la SED y, menos aún, a una falta de garantías, como se alegó en sede de revisión.

116. Por todo lo anterior, la Sala Quinta de Revisión procederá a confirmar parcialmente, por las razones expuestas en esta providencia, las decisiones de tutela de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado 3° Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá y el Juzgado 4° Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de la misma ciudad, que negaron el amparo de los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, se conminará a la madre de familia para que acompañe a su hijo en la continuidad del tratamiento terapéutico que prescriban los profesionales de la salud que tratan las barreras diagnosticadas, pues, como se explicó, la materialización de los derechos fundamentales a la salud y a la educación de los adolescentes en situación de discapacidad es un asunto que responde a un esquema de corresponsabilidad del Estado y de la familia.

I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

117. A la Sala le correspondió decidir si la EPS Sura, la Secretaría de Educación de Bogotá y el Colegio I.E.D. vulneraron los derechos fundamentales de petición, salud y educación de un adolescente diagnosticado con TEA, déficit de atención e hiperactividad, al no autorizar el servicio de “terapeuta sombra” solicitado por su progenitora, con la finalidad de que acompañe a su hijo en las actividades escolares que se desarrollan al interior del colegio.

118. Tras reiterar la jurisprudencia constitucional relativa a la carencia actual de objeto por hecho superado respecto del derecho de petición, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidió confirmar las sentencias de tutela de primera y segunda instancia que negaron el amparo de los derechos invocados. Como resultado de las sub-reglas

jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, la Sala observó lo siguiente:

i. (i) Cuando se resuelve de fondo una petición, con anterioridad a la decisión de tutela y de forma voluntaria, se configura una carencia actual de objeto por hecho superado. En esta hipótesis desaparece el objeto que justifica el pronunciamiento del juez constitucional.

() Los niños, las niñas y los adolescentes en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y, en ese orden de ideas, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a garantizar la primacía de sus derechos, incluyendo el acceso de forma preferente, prevalente y sin trabas administrativas a los servicios cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

() La Ley 1751 de 2015 introdujo en el ordenamiento jurídico un nuevo modelo en el sistema de salud, en el que se optó por una regla general, en la que todo servicio que no esté expresamente excluido se encuentra incluido dentro del plan de beneficios en salud, razón por la cual el artículo 15 de la ley en cita previó que cuando un servicio o tecnología de la salud no cuente con evidencia científica sobre su efectividad, el mismo podrá justificar una exclusión. Si bien para el tratamiento del TEA es posible usar terapias con enfoque ABA, algunas de ellas no cuentan con soporte sobre su eficacia, como es el caso de las “sombras terapéuticas”, circunstancia por la que están excluidas de forma expresa del Plan de Beneficios en Salud previsto en la Resolución 2273 de 2021, en vigor para la época de los hechos.

() Los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad tienen derecho a que la familia, la sociedad y el Estado les garantice una educación inclusiva, en la que se vele por el acceso y la permanencia en el sistema educativo. Para el efecto y con fundamento en el Decreto 1421 de 2017, las instituciones educativas deberán diseñar un PIAR de acuerdo con las necesidades de cada estudiante, en aras de establecer medidas diferenciadas que, como ajustes razonables, les permita desarrollar los objetivos pedagógicos propuestos. En este escenario, es viable que se valore la necesidad de un acompañamiento especializado por parte de un profesional para el NNA dentro del aula de clase, el cual deberá estar justificado en el PIAR y deberá ser garantizado por el sistema educativo.

119. En el presente caso, esta Sala encontró que (i) el médico tratante adscrito a la EPS Sura

no prescribió el servicio de “sombras terapéuticas”, ya que no lo consideró necesario en el marco del tratamiento indicado al adolescente. Además, (ii) el colegio público en el que estudiaba diseñó un PIAR, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1421 de 2017, en el que no se advirtió, como ajuste razonable, la necesidad de un acompañamiento especializado durante todo el tiempo en el que permanece en el aula de clase, pues se advirtió que con el apoyo de la docente especializada y de la familia era suficiente para dar continuidad al proceso pedagógico. Finalmente, (iii) la madre del adolescente decidió de manera voluntaria retirar a su hijo de la institución educativa, pese a la implementación de los ajustes razonables dispuestos a su favor, determinación que no puede imputarse a un actuar displicente ni negligente por parte del colegio o de la SED y, menos aún, a una falta de garantías, como se alegó en sede de revisión.

120. En consecuencia, la Sala Quinta de Revisión de la Corte procederá a confirmar parcialmente, por las razones expuestas en esta providencia, las sentencias proferidas por el Juzgado 3° Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá y el Juzgado 4° Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de la misma ciudad, respectivamente, quienes declararon la carencia actual de objeto por hecho superado frente a la vulneración del derecho de petición. Por otro lado, se negará el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la educación, por considerar que la EPS Sura, la Secretaría de Educación de Bogotá y el Colegio I.E.D. no incurrieron en conductas que constituyeran transgresiones de esas prerrogativas constitucionales.

* III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. – Por las razones expuestas en esta providencia, CONFIRMAR PARCIALMENTE las sentencias proferidas el 15 de noviembre y el 15 de diciembre de 2022, respectivamente, mediante las cuales los Juzgados 3° Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Bogotá y 4° Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de la misma ciudad, declararon la carencia actual de objeto por hecho superado frente a la vulneración del derecho de petición por parte

de la Secretaría de Educación de Bogotá.

Segundo. – NEGAR por las razones expuestas en esta providencia, el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la educación de Pedro, quien actuó representado por la señora Clara, en contra de la EPS Sura, la Secretaría de Educación de Bogotá y el Colegio I.E.D.

Tercero. – CONMINAR a la accionante para que acompañe a su hijo en la continuidad del tratamiento que prescriban los profesionales de la salud tratantes.

Cuarto. – DESVINCULAR de este proceso de tutela al Instituto Roosevelt, por las razones invocadas en esta providencia.

Quinto. – Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General