

Sentencia T-318/14

El artículo 67 de la Constitución establece la obligación del Estado de asegurar a los niños las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo, deber que adquiere especial relevancia cuando se trata de personas con limitaciones físicas o mentales, conforme a los artículos 47 y 68 ídem, pues en tales eventos concurren en ellas dos circunstancias de vulnerabilidad que requieren de acciones de especial protección en materia educativa: i) son menores de edad, es decir, personas en proceso de formación y desarrollo; y ii) la condición de limitación o discapacidad. En este sentido, el artículo 47 de la Constitución impone al Estado adelantar una política de integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran, proceso a favor del cual se establecen medidas de inclusión escolar.

DERECHO DE LOS NIÑOS A RECIBIR EDUCACION DE ACUERDO A SUS NECESIDADES Y PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Compromiso del Estado de garantizar educación a niños y niñas con discapacidad

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA-Contenido

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA-Desarrollo legal de los procesos de inclusión escolar

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA-Establecimientos educativos deben identificar las necesidades particulares de los niños con limitaciones físicas o mentales y garantizar el acceso y permanencia en los procesos de inclusión escolar

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Reglas relativas a componentes de acceso, disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad

La necesidad de adoptar estrategias que aseguren los componentes de disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y la aceptabilidad del derecho a la educación, compromete la intervención de múltiples disciplinas, pues como lo ha señalado la Corte en otras

oportunidades, en los casos de la población infantil afectada por trastornos que limitan sus capacidades, para la realización del derecho a la educación se necesita brindar atención integral a la salud con servicios, que respecto de éstos niños, pueden contener ingredientes educativos que el Juez de tutela podrá ordenar conforme al principio de integralidad, incluso aunque no estén contemplados en el plan obligatorio de salud, con el fin de garantizar la realización plena de sus derechos mediante la implementación de las medidas adecuadas atendiendo a su condición.

DERECHO A LA EDUCACION ESPECIAL DEL MENOR CON DISCAPACIDAD Y OBLIGACIONES CORRELATIVAS DEL ESTADO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPSS adoptar medidas necesarias para garantizar proceso de inclusión escolar, a través de grupo interdisciplinario que determine la necesidad de acompañamiento terapéutico en aula mediante un docente sombra

Referencia: expediente T- 4.205.319

Acción de tutela interpuesta por Sol María Mercado Molina en representación de su hijo Yosthin David Alfaro Mercado contra Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil catorce (2014)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla el 30 de septiembre de 2013, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Sol María Mercado Molina en representación de su hijo Yosthin David Alfaro Mercado

contra la Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla.

El expediente de referencia fue escogido para revisión mediante auto del treinta (30) de enero de dos mil catorce (2014), proferido por la Sala de Selección Número Uno.

I. ANTECEDENTES

La señora Sol María Mercado Molina, como representante de su hijo Yosthin David Alfaro Mercado interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, a fin de que se protejan los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, educación y salud de su hijo Yosthin David Alfaro Mercado, con base en los siguientes hechos:

a- Yosthin David Alfaro Mercado, hijo de la accionante, nació el 3 de junio de 2005 y se encuentra afiliado desde el 23 de febrero de 2012 al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través del Régimen Subsidiado, e igualmente está registrado en el Sistema Sisben, N° Ficha 8908758.

b- Desde que su hijo tenía 4 años de edad observó alteraciones en su conducta, luego de realizadas pruebas de neuropsicología le diagnosticaron hiperactividad, agresividad y depresión altas, por lo que inició el tratamiento terapéutico y farmacológico.

c- Relata la accionante que por recomendación médica se inició la inclusión escolar de su hijo, pero hace unos meses la coordinadora del plantel educativo le ha solicitado colocarle un profesor sombra para que el niño mejore la atención, dadas las dificultades derivadas de su patología.

d- La Coordinadora Académica del Centro Educativo Mi Divino Tesoro, mediante escrito que se adjunta a la solicitud de amparo, señala que “para mejorar su formación y su rendimiento se le solicita de manera amable se le permita tener el beneficio de una sombra durante las horas escolares, teniendo en cuenta que será de mucha ventaja para el proceso de formación académica del niño”.

e- Indica la tutelante que las personas con retardo cognitivo moderado son destinatarias de medidas especiales a su favor, por su condición de discapacidad, para que la igualdad sea real y efectiva. Las personas con discapacidad no pueden ser discriminadas en el

acceso a la educación y por lo tanto el Estado debe adoptar medidas para garantizar su goce efectivo.

Traslado de la demanda

Mediante auto del 12 de septiembre de 2013 el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla admitió la acción de tutela y entre otras decisiones, ordenó oficiar a la Secretaría Distrital de Educación de Barranquilla y a la institución Centro Educativo Mi Divino Tesoro para que se pronuncien sobre los hechos de la acción de tutela.

En atención a la solicitud elevada por la Secretaría en mención, por auto del 23 de septiembre de 2013 el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla vinculó a la Secretaría de Educación del Municipio de Soledad (Atlántico), por cuanto es a éste municipio que se encuentra adscrita la institución educativa donde estudia el niño Yosthin David Alfaro Mercado, e igualmente vinculó a la Empresa Promotora de Salud Subsidiada (EPS-S) Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó que funciona en el municipio de Soledad, a la cual se encuentra afiliado el menor de edad, y les concedió 2 días para que se pronunciaran sobre la solicitud de tutela.

Al trámite de la acción igualmente fue vinculada la Secretaría de Salud de Soledad -Atlántico-, por auto del 28 de abril de 2014 dictado por el Magistrado Sustanciador durante el trámite del proceso de revisión y en el cual se otorgó un plazo de dos días para que se pronunciara acerca de los hechos y pretensiones señalados en el escrito de tutela.

Contestación de la acción de tutela por las entidades accionadas

La Secretaría de Educación del Municipio de Soledad (Atlántico) refiere en su contestación que la acción es improcedente porque lo que necesita el menor es la atención en salud y por ello la responsabilidad recae en la entidad prestadora de salud a la cual se encuentra afiliado el niño Yosthin David Alfaro Mercado, que es la encargada de autorizar el tratamiento que requiera.

La Secretaría Municipal de Salud de Soledad (Atlántico), indicó que ha programado una visita técnica de inspección, en aras de impulsar la respuesta de la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó a los requerimientos de la Corte, a efectos de evaluar la respuesta

y garantizar la oportunidad y calidad.

El representante legal de la Empresa Promotora de Salud Subsidiada (EPS-S) Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó, EPS-S-AMBUQ ESS, señaló que la pretensión de la tutela es un servicio de tipo educativo que debe prestarse por el ente territorial a través de la Secretaría de Educación Distrital o Departamental “atendiendo a la propiedad del servicio que se requiere” (sic), y para el efecto aporta información sobre Intervención sobre el rendimiento escolar y académico de niños con TDAH. Igualmente sostuvo que la EPS-S-AMBUQ ESS, ha garantizado la atención en salud del niño Yosthin David Alfaro Mercado y otorgado todas las autorizaciones de servicios médicos requeridos para la atención del trastorno con déficit de atención por hiperactividad, que afecta al paciente y para el efecto adjunta copia de las mismas.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla el 30 de septiembre de 2013 negó por improcedente el amparo al considerar que la accionante acude a la acción de tutela para suplir las gestiones que no ha adelantado ante la EPS-S y ante la Secretaría de Educación Municipal de Soledad, o Distrital de Barranquilla, dependiendo de cuál sea el domicilio del menor de edad. Añade que aunque todo niño con Trastorno de Déficit de Atención por Hiperactividad debe ser diagnosticado por el médico tratante, quien debe trazar el método aplicable al proceso educativo, sólo cuando esto se realice, la madre del menor tiene la obligación de adelantar “las gestiones pertinentes ante la dependencia del ente territorial que corresponda a efectos de que se autorice la prestación del servicio requerido; no siendo de recibo que acuda por vía de tutela en procura de la protección de los derechos del menor”, lo anterior por cuanto si no hay una solicitud formal ante la entidad encargada y el servicio no ha sido ordenado por el médico tratante el juez constitucional no puede ordenarlo.

ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

Por auto del 28 de abril de 2014 el Magistrado Sustanciador ordenó correr traslado de la acción de tutela interpuesta por Sol María Mercado Molina en representación de su hijo Yosthin David Alfaro Mercado, a la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó y a la Secretaría de Salud de Soledad -Atlántico-, para que se pronunciaran acerca de los hechos

y pretensiones señalados en el escrito de tutela. Igualmente decretó como prueba oficiar a la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó para que remita copia de la historia clínica del niño Yosthin David Alfaro Mercado e informe el estado de salud actual, el tratamiento, medicamentos y/o demás servicios que eventualmente le estén prestando para la atención de su patología.

Material Probatorio Obrante en el Expediente:

- Copia del Carnet que acredita al niño hijo Yosthin David Alfaro Mercado, nacido el 3 de junio de 2005 como afiliado a la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó.
- Copia del registro Civil de nacimiento de Yosthin David Alfaro Mercado, en el cual aparece la accionante como la madre del menor, y copia de la cédula de ciudadanía de Sol Marina Mercado Molina.
- Copia del reporte del Sistema integrado de matrículas en el cual aparece el niño Yosthin David Alfaro Mercado como alumno del Centro Educativo Mi Divino Tesoro, a cargo de la Secretaría de Educación del municipio de Soledad.
- Copia del reporte del Sistema de identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales - SISBÉN - de la accionante Sol Marina Mercado Molina y su hijo Yosthin David Alfaro Mercado.
- Copia de certificado médico expedido por el médico Neuropediatra Jesús Eduardo Ruiz, en el cual aparece dentro del diagnóstico Trastorno de Déficit de Atención por Hiperactividad (en adelante TDAH).
- Copia del certificado suscrito por la Coordinadora Académica del Centro educativo Mi Divino Tesoro, en el cual se informa que dado que se encuentra en proceso de terapias y tratamiento fue aceptado en ese colegio, y que “para mejorar su formación y su rendimiento se le solicita de manera muy amable se le permita tener el beneficio de una sombra durante las horas escolares, teniendo en cuenta que será de mucha ventaja para el proceso de formación académica del niño”
- Copia de Evaluación Neuropsicológica del 28 de abril de 2014, adjuntado por la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó, en el cual se registra como impresión

diagnóstica: 1. Trastorno por déficit de atención a estudio F-90, 2. Trastorno aprendizaje F-81, 3. Trastorno de Lenguaje expresivo- F-80, Mala higiene postural patrón de marcha alterada y trastorno del desarrollo motor instaurado F-82. En la misma evaluación se indica:

“IV. RESULTADOS VALORACION NEUROPSICOLOGICA (PARCIAL): paciente de 8 años, actualmente en proceso de evaluación neuropsicológica interdisciplinaria, se inicia proceso evaluativo observándose paciente orientado en tiempo y espacio, dominada manual diestra, dominancia pedal diestra y dominancia visual diestra lateralidad definida área corporal y extracorporal con dificultades atencionales moderadas, dificultades moderadas en su capacidad para registrar, codificar y evocar información a corto plazo, En cuanto a su lenguaje se observan hipotonía orofacial a nivel de labios, mejillas, dificultades severas en praxias orofaciales, En cuanto a su lenguaje articulatorio evaluado con Test Elce, observándose déficits severos fonéticas en fricativos, oclusivos, labiodentales, sustitución, omisiones, En cuanto a su lenguaje comprensivo sencillo dificultades ordenes complejas. A nivel físico-motor, se observa piel reseca, buen seguimiento auditivo y visual, buen tono muscular, arcos completos de movimientos miembros superiores e inferiores, Patrón de marcha con inmersión de pie, no despega pie de piso, disminución de la amplitud de sacadillas. PLAN: Continuar en proceso evaluativo con equipo interdisciplinario así: Neuropsicología (7 sesiones de evaluación) Terapia Ocupacional (2 sesiones) psicología Conductual (1 Sesión) Psicología Familiar (1 Sesión) psiquiatría Infantil (1 Sesión) Trabajo Social (1 Sesión)”

- Informe clínico descriptivo mensual de febrero de 2014, en el cual se indica los resultados de la aplicación de terapias A.B.A. y evaluación por psicología y terapia ocupacional.

- Copia de las autorizaciones de atención de consulta por psiquiatría y para realización de terapias A.B.A., por parte de EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto en los

artículos 86, inciso 3, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico

Corresponde determinar si los derechos del niño Yosthin David Alfaro Mercado están siendo vulnerados por la Secretaría de Educación del Municipio de Soledad, la Secretaría de Salud del mismo municipio o por la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó, en cuanto no cuenta con el acompañamiento de un profesor sombra que le apoye y guíe en el proceso de formación académica que adelanta en el Centro Educativo Mi Divino Tesoro.

Para resolver el problema que plantea la acción de tutela la Sala examinará previamente los siguientes aspectos: (i) Derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección; (ii) Deber de garantía frente al derecho a la educación; y (iii) Desarrollo legal de los procesos de inclusión escolar.

Derechos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección

El artículo 13 de la Constitución Política prevé el deber de protección especial que tiene el Estado, la Sociedad y la Familia frente a los niños, niñas y adolescentes en consideración a la condición de debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad en que se encuentran por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo. Este deber de protección se reitera en el artículo 44 de la Constitución Política que declara que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás – aspecto ampliamente desarrollado por esta Corporación en numerosa jurisprudencia[1]-, y enfatiza que existe corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado frente a “la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Uno de tales derechos es a la educación, contemplado en el mismo artículo 44 de la Constitución como derecho fundamental de los niños y niñas.

Esta corresponsabilidad en relación con el derecho a la educación se encuentra expresamente consagrada en el inciso 3º del artículo 67 de la Constitución, que igualmente establece la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. Y, el artículo 68 ídem, al tiempo que permite la creación de establecimientos educativos indica

que el Estado tiene la obligación especial de garantizar la educación de personas con limitaciones físicas o mentales. En este sentido, la norma constitucional replica el Principio V, de la Declaración de los Derechos del Niño, conforme al cual, el niño con algún impedimento físico o mental debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiera. Y, en el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006[2] establece que cuando se trate de niños con discapacidad “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.

Por lo anterior, además de la obligación de garantizar la educación a los niños con limitaciones, la aplicación de modelos educativos también debe atender a un principio transversal de los derechos de los niños como es el interés superior del niño, el cual se impone como criterio hermenéutico para adoptar decisiones que beneficien la garantía plena de los derechos fundamentales de los menores de edad. En este sentido, el artículo 7.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que: “En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.”

La Corte Constitucional en sentencia T-397 de abril 29 de 2004[3] resaltó que el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos sobre los demás deben guiar la actividad administrativa y las decisiones judiciales, haciendo referencia expresa a las dictadas en sede de tutela, al respecto indicó:

“... las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, niña o adolescente –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa

ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”

En este orden, a partir del principio de interés superior del niño, de la corresponsabilidad que de manera reiterativa consagra la Constitución, cuando del derecho a la educación se trata, y del derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo fundamento se deriva del acceso a la administración de justicia que contempla el artículo 229 de la Constitución, existe el imperativo tanto para las autoridades administrativas, como para los jueces – entre ellos los de tutela – que desplegar acciones encaminadas a indagar por las circunstancias que permitirán adoptar las decisiones más adecuadas para la defensa, garantía y efectividad del derecho a la educación de los niños, y especialmente de aquellos que tienen limitaciones físicas o mentales. Exige la Constitución, así como las normas internacionales que consagran derechos de los niños, una actitud proactiva del Estado, de tal forma que aún en los casos en que la familia por diversas circunstancias no pueda cumplir con su responsabilidad frente a los derechos de los niños, las autoridades asuman la que por mandato constitucional les corresponde y se movilicen para lograr la plena materialización de tales derechos. El desconocimiento de otras ciencias, de cuyo auxilio los corresponsables pueden y deben valerse, de ser necesario, para proteger los derechos fundamentales de los niños con algún tipo de limitación física o mental, no es óbice para ignorar el correlativo deber que surge frente a éstos, y mucho menos justifica negar su amparo.

La Corte Constitucional en sentencia T-117 de 2013, recordó que:

“. En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances

y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44).”

Deber de garantía frente al derecho a la educación de los niños con limitaciones físicas o mentales

Como se expuso en precedencia, el artículo 67 de la Constitución establece la obligación del Estado de asegurar a los niños las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo, deber que adquiere especial relevancia cuando se trata de personas con limitaciones físicas o mentales, conforme a los artículos 47 y 68 ídem, pues en tales eventos concurren en ellas dos circunstancias de vulnerabilidad que requieren de acciones de especial protección en materia educativa: i) son menores de edad, es decir, personas en proceso de formación y desarrollo; y ii) la condición de limitación o discapacidad.

En este sentido, el artículo 47 de la Constitución impone al Estado adelantar una política de integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran, proceso a favor del cual se establecen medidas de inclusión escolar. Cabe llamar la atención en un aspecto puntual de la norma constitucional en cita, y es la sujeción de cualquier política o programa que favorezca la integración de los niños y en general las personas con limitaciones físicas o mentales, a la atención especializada que requieran, lo cual obliga a hacer una valoración de carácter particular y concreto sobre los requerimientos que la persona tiene para que el proceso de vinculación y realización personal en los distintos espacios de la sociedad se adelante de forma eficaz y no resulte agresivo, pero tampoco inocuo.

Al efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece dentro de los principios generales del artículo 3: i) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; ii) La igualdad de oportunidades; iii) La accesibilidad; y iv) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

A través de los artículos 24 y 26 de la misma Convención, el Estado adquirió los siguientes compromisos particulares en relación con el derecho a la educación de las personas con discapacidad:

1. Asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida;

2. Garantizar que los niños y las niñas con discapacidad:

- no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;

- puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;

- Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;

- Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

- Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

3. Adoptar las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

4. Establecer medidas efectivas y pertinentes para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, para la cual les corresponde organizar y ampliar servicios y programas generales de rehabilitación y rehabilitación en salud y educación, entre otros ámbitos, de tal forma que comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;

La necesidad de adoptar estrategias que aseguren los componentes de disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y la aceptabilidad del derecho a la educación, compromete la

intervención de múltiples disciplinas, pues como lo ha señalado la Corte en otras oportunidades[4], en los casos de la población infantil afectada por trastornos que limitan sus capacidades, para la realización del derecho a la educación se necesita brindar atención integral a la salud con servicios, que respecto de éstos niños, pueden contener ingredientes educativos que el Juez de tutela podrá ordenar conforme al principio de integralidad, incluso aunque no estén contemplados en el plan obligatorio de salud, con el fin de garantizar la realización plena de sus derechos mediante la implementación de las medidas adecuadas atendiendo a su condición.

En eventos como el presente, el sistema de salud está llamado a prestar el apoyo necesario y eficaz para la asistencia y recuperación de los niños con limitaciones físicas o mentales[5], para mejorar la adaptabilidad del sistema educativo por una parte y las condiciones de vida digna y desarrollo de las capacidades de los niños con limitaciones físicas o mentales, por otra.

Desarrollo legal de los procesos de inclusión escolar.

En cumplimiento del deber especial y superior de protección y garantía, correlativo al derecho a la educación de los niños con limitaciones físicas o mentales, el legislador ha fijado un sistema que promueve la inclusión educativa de estudiantes con tales características, para lo cual contempla diversas estrategias.

Es así como la Ley 115 de 1994, contempla:

Artículo 46º.- Integración con el Servicio Educativo. La educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo.

Los establecimientos educativos organizarán directamente o mediante convenio, acciones pedagógicas y terapéuticas que permitan el proceso de integración académica y social de dichos educandos.

El Gobierno Nacional expedirá la reglamentación correspondiente.

Parágrafo 1º.- Los Gobiernos Nacional y de las entidades territoriales podrán contratar con entidades privadas los apoyos pedagógicos, terapéuticos y tecnológicos necesarios para la

atención de las personas a las cuales se refiere este artículo, sin sujeción al artículo 8 de la Ley 60 de 1993, hasta cuando los establecimientos estatales puedan ofrecer este tipo de educación.

Artículo 47º.- Apoyo y fomento. En cumplimiento de lo establecido en los artículos 13 y 68 de la Constitución Política y con sujeción a los planes y programas de desarrollo nacionales y territoriales, el Estado apoyará a las instituciones y fomentará programas y experiencias orientadas a la adecuada atención educativa de aquellas personas a que se refiere el artículo 46 de esta Ley.

Igualmente fomentará programas y experiencias para la formación de docentes idóneos con este mismo fin.

El reglamento podrá definir los mecanismos de subsidio a las personas con limitaciones, cuando provengan de familias de escasos recursos económicos.

Artículo 48º.- Aulas especializadas. Los Gobiernos Nacional, y de las entidades territoriales incorporarán en sus planes de desarrollo, programas de apoyo pedagógico que permitan cubrir la atención educativa a las personas con limitaciones.

El Gobierno Nacional dará ayuda especial a las entidades territoriales para establecer aulas de apoyo especializadas en los establecimientos educativos estatales de jurisdicción que sean necesarios para el adecuado cubrimiento, con el fin de atender, en forma integral, a las personas con limitaciones.

Posteriormente el legislador expidió la Ley 361 de 1997, "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.", que en los artículos 10 y 11, establece el deber de garantizar el brindar a las personas con limitación una formación integral dentro del ambiente más apropiado a sus necesidades especiales. Así mismo prevé que el Gobierno Nacional promoverá la integración de la población con limitación a las aulas regulares en establecimientos educativos que se organicen directamente o por convenio con entidades gubernamentales y no gubernamentales, para lo cual se adoptarán las acciones pedagógicas necesarias para integrar académica y socialmente a los limitados, en el marco de un Proyecto Educativo Institucional. Las entidades territoriales y el Gobierno Nacional, apoyarán estas instituciones

en el desarrollo de estos programas y las dotará de los materiales educativos que respondan a las necesidades específicas según el tipo de limitación que presenten los alumnos.

Posteriormente, y al ocuparse de los derechos a la salud y a la educación de las personas en condición de discapacidad mediante el artículo 11 de la ley 1306 de 2009, el legislador estableció que ninguna persona con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, para que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Y puntualiza que “La organización encargada de prestar el servicio de salud y de educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde la temprana edad”.

Para tal fin, el artículo 2, numeral 2 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, define que la inclusión social “ Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.”

Con este objetivo, el artículo 7 de esta normativa asigna al Ministerio de Educación Nacional la obligación establecer estrategias de promoción y pedagogía de los derechos de los niños y niñas con discapacidad y diseñar programas tendientes a asegurar la educación inicial inclusiva pertinente de los niños y niñas con discapacidad en las escuelas, según su diversidad.

En relación con el derecho a la salud, el artículo 10 establece que las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud deberán establecer programas de capacitación a sus profesionales y empleados para favorecer los procesos de inclusión de las personas con discapacidad.

Y, frente al derecho a la educación, la ley 1618 de 2013, consagra que el Ministerio de

Educación deberá, entre otras acciones, garantizar el derecho de los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales a una educación de calidad y competitiva, que contribuya a cerrar brechas de inequidad, centrada en la Institución Educativa y acompañar a las entidades territoriales certificadas para la implementación de las estrategias para el acceso y la permanencia educativa con calidad para las personas con discapacidad, en el marco de la inclusión

Así mismo, el artículo 11, numeral 2 indica que las entidades territoriales certificadas en educación deberán orientar y acompañar a los establecimientos educativos para la identificación de las barreras que impiden el acceso, permanencia y calidad del sistema educativo de los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales de su entorno y orientar y acompañar a sus establecimientos educativos para identificar recursos en su entorno y ajustar su organización escolar y su proyecto pedagógico para superar las barreras que impiden el acceso y la permanencia con calidad para las personas con discapacidad, en el marco de la inclusión.

También consagra el citado artículo 11 de la Ley 1618 de 2013 que las entidades territoriales deben garantizar el personal docente para la atención educativa a la población con discapacidad, en el marco de la inclusión, así como fomentar su formación, capacitación permanente, de conformidad con lo establecido por la normatividad vigente, y proveer los servicios de apoyo educativo necesarios para la inclusión en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad. Estos servicios incluyen, entre otros: intérpretes, guías-intérpretes, modelos lingüísticos, personal de apoyo, personal en el aula y en la institución.

Los establecimientos educativos estatales y privados, de acuerdo al numeral 3 del artículo 11 ídem, precisa que deben identificar las barreras que impiden el acceso, la permanencia y el derecho a una educación de calidad a personas con necesidades educativas especiales, realizar seguimiento a la permanencia educativa de los estudiantes con necesidades educativas especiales y adoptar las medidas pertinentes para garantizar su permanencia escolar y propender por que el personal docente sea idóneo y suficiente para el desarrollo de los procesos de inclusión social.

EL CASO CONCRETO

Con el fin de establecer si las autoridades accionadas han desconocido los derechos fundamentales a la educación del niño Yosthin David Alfaro Mercado por la no asignación de un docente sombra que lo apoye en el aula, en primer lugar la Sala debe advertir, con base en el material probatorio allegado al expediente que el menor de edad a favor del cual se solicita el amparo, nació el 3 de junio de 2005, se encuentra afiliado al sistema de Seguridad Social a través del régimen subsidiado y la atención en salud se brinda a través de la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó, entidad que ha otorgado autorizaciones para atención por psiquiatría, terapias A.B.A., en cumplimiento de una orden judicial, según aparece consignado en las autorizaciones allegadas al expediente.

De igual forma, está demostrado que Yosthin David Alfaro Mercado, hijo de la accionante Sol Marina Mercado Molina, de acuerdo con la evaluación practicada el 28 de abril de 2014, registra como impresión diagnóstica: 1. Trastorno por déficit de atención a estudio, Trastorno aprendizaje, Trastorno de Lenguaje expresivo, Mala higiene postural patrón de marcha alterada y trastorno del desarrollo motor instaurado, por lo que se adopta como plan “Continuar en proceso evaluativo con equipo interdisciplinario así: Neuropsicología (7 sesiones de evaluación) Terapia Ocupacional (2 sesiones) psicología Conductual (1 Sesión) Psicología Familiar (1 Sesión) psiquiatría Infantil (1 Sesión) Trabajo Social (1 Sesión)”

Por sugerencia del médico tratante se inició proceso de inclusión escolar en el Centro Educativo Mi Divino Tesoro, institución que hace parte del sistema público de educación del municipio de Soledad, y que mediante documento sin fecha ni destinatario conocidos, indica que “para mejorar su formación y su rendimiento se le solicita de manera muy amable se le permita tener el beneficio de una sombra durante las horas escolares, teniendo en cuenta que será de mucha ventaja para el proceso de formación académica del niño”.

Conforme con las pruebas obrantes en el expediente y el texto de la solicitud de tutela, la accionante como representante legal de Yosthin David Alfaro Mercado no ha elevado una solicitud ante el Centro Educativo Mi Divino Tesoro, ni ante la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó, las Secretarías de Salud o de Educación del municipio de Soledad (atlántico), relacionada con la prestación de apoyo pedagógico y terapéutico mediante un docente sombra que acompañe a su hijo en el aula, y que tales entidades hubieren negado este servicio. Tampoco existe dentro del expediente, ni la accionante lo indica, que exista

una orden médica relacionada con el referido apoyo terapéutico.

Frente a la necesidad de contar con un apoyo – sombra – en las horas escolares solo se cuenta con el oficio suscrito por la Directora Académica del Centro Educativo Mi Divino Tesoro, lo cual en principio generaría dudas sobre la procedencia de amparo, ante la inexistencia de una orden judicial, sin embargo, no se puede pasar por alto que el llamado que hace la directiva docente se enmarca dentro de esa obligación reseñada en precedencia de identificar las necesidades particulares de los niños con limitaciones físicas o mentales que en el proceso de inclusión escolar requieran de medidas especiales para garantizar la prestación adecuada, el acceso y la adaptabilidad del derecho a la educación de Yosthin David.

Ante este llamado de la directiva del centro educativo en el cual se desarrolla el proceso de inclusión del menor de edad y la manifestación expresa de la Secretaría de Educación municipal de Soledad (Atlántico), en el sentido de negar la prestación del servicio de acompañamiento terapéutico en el aula porque en su sentir lo que necesita el niño es atención en salud y la responsabilidad recae en la entidad prestadora a la cual se encuentra afiliado el niño Yosthin David Alfaro Mercado, que debe autorizar el tratamiento que requiera, es claro que surge la necesidad de amparar los derechos a la educación y a la salud del menor, a efectos de que las autoridades competentes asuman las obligaciones que la ley les asigna en materia de inclusión escolar de niños y niñas con limitaciones físicas o mentales, pues de otra forma, como se hizo evidente en las respuestas a la tutela, las entidades del municipio de Soledad y la entidad prestadora del servicio de salud se marginarán de brindar al menor educación en condiciones adecuadas y adoptar medidas para superar todos los obstáculos en el proceso de inclusión escolar.

Considerando que, como quedó expuesto en precedencia en eventos como el examinado es necesaria la participación tanto de los responsables de la atención en salud, como de la prestación del servicio educativo, para la realización plena de los derechos fundamentales de Yosthin David Alfaro Mercado, y que conforme al artículo 11 de la Ley 1618 de 2013 las entidades territoriales deben garantizar el personal docente para la atención educativa a la población con discapacidad y proveer los servicios de apoyo educativo necesarios para la inclusión en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad, como personal de apoyo, personal en el aula y en la institución, corresponde a la Secretaría de Educación del

Municipio de Soledad garantizar que el Centro Educativo Mi Divino Tesoro cuente con el personal docente y de apoyo adecuado para favorecer el proceso de inclusión escolar de Yosthin David.

Sin embargo, como en efecto no se cuenta con una evaluación médica que de manera particular establezca las necesidades que en materia pedagógica y terapéutica tenga el menor para favorecer su proceso educativo y en ésta determinación un componente central que determina la ruta a seguir es la condición de salud de Yosthin David, la Sala determinará, como paso previo a la asignación de personal de apoyo en el centro educativo, que la Empresa Promotora de Salud Subsidiada (EPS-S) Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó y a la Secretaria de Salud del Municipio de Soledad, evalúen bajo esta perspectiva las necesidades pedagógicas y terapéuticas del niño.

Lo anterior, teniendo en cuenta que según el artículo 11 de la Ley 1306 de 2009, “La organización encargada de prestar el servicio de salud y de educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde la temprana edad”.

Como ya se ha pronunciado esta Corporación en otras oportunidades[6], es preciso recordar que el juez de tutela está obligado a decretar todas las pruebas pertinentes para establecer la vulneración del derecho, imperativo que no atendió el Juez Quinto Civil Municipal de Barranquilla, que no sólo fue pasivo en materia probatoria, sino además desconocieron el deber de tomar medidas tendientes a garantizar los derechos de este sujeto de especial protección constitucional y que le imponían aún en el evento en que no existiera orden médica, dictar órdenes para la protección efectiva del derecho a la educación de Yosthin David Alfaro Mercado, que, como lo expresó la directora académica del Centro Educativo Mi Divino Tesoro, requiere de apoyo terapéutico en su proceso de inclusión escolar.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla el 30 de septiembre de 2013 mediante la cual negó por improcedente la acción de tutela presentada por Sol María Mercado Molina. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho a la educación y vida digna invocados por la accionante Sol María Mercado Molina en representación de su hijo Yosthin David Alfaro Mercado.

Segundo.- ORDENAR a la Empresa Promotora de Salud Subsidiada (EPS-S) Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó y a la Secretaria de Salud del Municipio de Soledad (Atlántico) que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente sentencia, adopte las medidas necesarias para que un equipo interdisciplinario de pediatras y médicos especialistas, y con la participación del centro educativo al cual está inscrito el menor, valoren al niño Yosthin David Alfaro Mercado, para que se determine la pertinencia e idoneidad del servicio de acompañamiento terapéutico en el aula mediante un docente sombra, o establezcan los mecanismos de apoyo terapéutico más adecuados para el niño en el proceso de inclusión escolar, a efectos de garantizarle el derecho a la educación adecuada.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaria de Educación del Municipio de Soledad (Atlántico) que en el término de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la valoración ordenada en el numeral anterior, adelante las acciones y disponga de manera efectiva los recursos y el personal docente necesarios para garantizar la prestación del servicio educativo que requiere el niño Yosthin David Alfaro Mercado.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaria de Educación del Municipio de Soledad (Atlántico) que realice valoraciones semestrales a efectos de examinar los avances en el proceso de inclusión escolar de Yosthin David Alfaro Mercado, y de ser necesario realice, en concurso con el médico tratante, los ajustes a los servicios de apoyo terapéutico que se requieran para brindarle una educación adecuada.

Quinto.- PREVENIR al Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla para que en adelante observe en sus decisiones el principio de interés superior del menor y como juez constitucional, garantice la efectividad de los derechos fundamentales en los eventos en que constate que están siendo amenazados o vulnerados.

Sexto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del

decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] sentencia T-510 de 2003, T-794 de septiembre 27 de 2007 y C-804 de 2009, entre otras.

[2] Incorporada al ordenamiento interno mediante Ley 1346 de 2009 y ratificada el 10 de mayo del 2011.

[3] M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

[4] Sentencia T-567/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[5] Cfr. Sentencia T-201 de 2007 MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[6] Cfr Sentencias T-374 de 2013 y T-174 de 2013.