

Sentencia T-364/19

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Supuestos que facultan a interponer nuevamente una acción sin que sea considerada temeridad

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

Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas. b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional. c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional. d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR SITUACION SOBREVINIENTE-Configuración

Ocurre cuando en el transcurso del proceso, y antes de que el juez emita un pronunciamiento de fondo, se presenta una variación en los hechos, de tal forma que, el accionante pierda el interés en la satisfacción de sus pretensiones o sea imposible llevarlas a cabo. En este escenario, también sería inocua cualquier orden del juez constitucional en relación con el objeto de la tutela.

SUMINISTRO DE SERVICIOS O TECNOLOGIAS COMPLEMENTARIAS AL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD-Precedente constitucional

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

Los menores en condición de discapacidad “no pueden ser apartados de los demás [estudiantes] en razón de sus características personales, muchas de las cuales tradicionalmente han sido catalogadas y percibidas como limitaciones individuales

DERECHO A LA EDUCACION DEL NIÑO-Estado, sociedad y familia directos responsables

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

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR ACOMPAÑAMIENTO TERAPEUTICO A MENOR AUTISTA-Improcedencia por no existir orden médica vigente e incumplimiento del deber de corresponsabilidad parental

Acción de tutela instaurada por EZMB, en representación del menor TDMM, y AMMV, agente oficiosa del menor ASP, contra EPS SANITAS S.A.

Magistrado sustanciador:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Antes de proceder al estudio del asunto, esta Corte considera necesario tomar oficiosamente medidas para proteger la intimidad de los menores a quienes representan las accionantes, de manera que serán elaborados dos textos de esta sentencia, de idéntico tenor, en el texto que será el divulgado y consultado libremente, se dispondrá suprimir el nombre del tutelantes y de la entidad accionada, así como cualquier dato e información que permita su identificación[1].

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El 30 de noviembre de 2018, las señoras EZMB, en representación de TDMM, y

AMMV, agente oficiosa del ASP, ambos menores de edad, instauraron acción de tutela contra la EPS SANITAS S.A., con el fin de obtener la protección de la atención integral en salud de los niños.

2. Como fundamentos de la demanda de tutela expusieron que el interés superior del menor es un principio transversal a la Carta Política (artículo 44) y que la Constitución protege la salud como un derecho fundamental (artículo 49). Asimismo, indicaron que, de acuerdo con la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud abarca, entre otros, (i) el principio pro homine (artículo 6), (ii) la protección especial a las personas con discapacidad (artículo 11), y (iii) la autonomía de los profesionales en salud en lo relativo al diagnóstico y tratamiento (artículo 17).

3. Indicaron que la EPS SANITAS S.A. no autorizó el acompañamiento terapéutico de psicóloga en ambiente natural, y como resultado, la IPS Horizontes ABA - Terapia Integral no continuó con la prestación de dicho servicio. Como consecuencia de lo anterior, las accionantes solicitan el amparo del derecho fundamental a la atención integral en salud de los menores, y solicitan que la entidad accionada autorice y suministre, como componente integral del tratamiento de rehabilitación, el servicio de acompañamiento terapéutico en ambiente natural por psicología.

B. HECHOS RELEVANTES

(i) TDMM

4. EZMB es la madre de TDMM[2], quien se encuentra afiliado a la EPS accionada, con 262 semanas cotizadas, en calidad de beneficiario amparado. El ingreso base de cotización del Cotizante Principal es de \$781.242 m/cte[3].

5. TDMM es un niño de cinco años con un diagnóstico de trastorno del espectro autista, con antecedentes de craneosinostosis y dos intervenciones quirúrgicas por esa razón[4]. Ha recibido terapia integral en Cifel- Centro de Rehabilitación Integral.

6. El 4 de octubre de 2018, la médica tratante, adscrita a la EPS accionada, ordenó el ingreso a un programa de rehabilitación integral especializado en paciente autista. Tal tratamiento está compuesto por: (i) acompañamiento terapéutico en ambiente

natural por psicología en IPS- Horizontes ABA (cuatro horas diarias de lunes a viernes); (ii) terapia ocupacional (tres horas por semana); y (iii) fonoaudiología (tres horas por semana)[5]. Dicha orden se remitió a la Junta Médica de Sanitas EPS, que recomendó escolarizar al paciente cuanto antes y prestar, para el efecto, un manejo en centro especializado en trastorno del espectro autista en los términos de la orden médica antedicha[6].

7. En el mes de octubre de 2018, con orden N° 96331248, la EPS autorizó los servicios de acompañamiento terapéutico por psicología (cuatro horas diarias de lunes a viernes), terapia ocupacional (3 horas semanales) y fonoaudiología (3 horas semanales).

8. En el mes de noviembre de 2018, con orden N° 97564205, la EPS autorizó los servicios de terapia ocupacional (3 horas semanales) y fonoaudiología (3 horas semanales). No obstante, negó la autorización referente al servicio de acompañamiento terapéutico por psicología a partir del 6 de noviembre de 2018.

9. El 6 de noviembre de 2018, la IPS – Horizontes ABA comunicó, por escrito, a la madre del accionante la suspensión del servicio no autorizado.

10. El 8 de noviembre de 2018, la madre del niño elevó petición, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, ante la EPS Sanitas buscando la autorización del tratamiento integral. Además, solicitó información sobre los motivos por los que esa entidad anuló la autorización del acompañamiento antedicho[7].

11. El 26 de noviembre de 2018, la EPS Sanitas contestó la petición indicando que el acompañamiento terapéutico por psicología negado era uno de los servicios y/o tecnologías expresamente excluidas del Plan de Beneficios en Salud –en adelante PBS– según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y la Resolución 5267 de 2017. Por lo anterior, su financiación no se encuentra “a cargo de la UPC y tampoco puede ser prescrita por la plataforma MIPRES”[8].

(ii) ASP

12. AMMV es la abuela de ASP, un menor de edad que se encuentra afiliado a la EPS accionada, con 277 semanas cotizadas, en calidad de beneficiario amparado. El ingreso

base de cotización del cotizante principal corresponde a \$781.242 m/cte[9].

13. Se trata de un niño de seis años con un diagnóstico de autismo atípico y condición de discapacidad mental[10], con antecedentes de dermatitis atópica no especificada y dos antecedentes quirúrgicos (amigdalectomía SOD y turbinoplasia vía transnasal)[11].

14. El 5 de octubre de 2018, la médica tratante, adscrita a la EPS accionada, ordenó: (i) la remisión a trabajo social para indagar sobre sus comportamientos sexualizados; (ii) un cambio en proceso de rehabilitación integral a centro especializado en autismo, donde continúen las sesiones de terapia ocupacional y fonoaudiología y se inicie el proceso por psicología tipo ABA[12]. Todo ello, buscando la pronta escolarización del menor.

15. Los servicios de acompañamiento terapéutico por psicología (cuatro horas diarias de lunes a viernes), terapia ocupacional (3 horas semanales) y fonoaudiología (3 horas semanales), estaban autorizados por la EPS Sanitas mediante la orden N° 97081863, entre el 5 de octubre de 2018 y el 1 de febrero de 2019[13].

16. En el mes de noviembre de 2018, con orden N° 97081863, la EPS autorizó los servicios de terapia ocupacional (3 horas semanales) y fonoaudiología (3 horas semanales). No obstante, negó la autorización referente al servicio de acompañamiento terapéutico por psicología a partir del 6 de noviembre de 2018.

17. El 7 de noviembre de 2018, la IPS – Horizontes ABA comunicó, por escrito, a la abuela del menor la suspensión del servicio no autorizado.

18. El 8 de noviembre de 2018, la accionante radicó petición ante la referida EPS, con el fin de solicitar la renovación del servicio de acompañamiento terapéutico por psicología.

19. El 22 de noviembre de 2018 la EPS contestó la petición antedicha, indicando que “el acompañamiento terapéutico comportamental no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios, por lo que es necesario trámite por SISPRO”[14].

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

EPS SANITAS S.A.[15]

20. Mediante auto del 3 de diciembre de 2018, el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, admitió la acción de tutela[16]. El 4 de diciembre de 2018 se notificó a la entidad demandada[17].

21. El 6 de diciembre de 2018, Sanitas EPS precisó que los dos menores están afiliados en calidad de beneficiarios amparados y pertenecen al régimen contributivo. Además, relacionó los servicios autorizados para evidenciar que los niños han recibido las prestaciones médico asistenciales que han requerido[18]. Con respecto a las autorizaciones, indicó que ambos menores las tienen vigentes para el programa de rehabilitación integral en la IPS ABA Horizontes; TDMM hasta marzo de 2019, y ASP hasta enero de 2019. Precisoó que ello responde a lo ordenado por el médico, pues “los servicios médicos no puede[n] perpetuarse en el tiempo ya que los estados de salud de las personas son cambiantes”[19].

22. En tercer lugar, indicó que el servicio de acompañamiento terapéutico en ambiente natural por psicología está excluido del PBS, según el artículo 126, numeral 2, de la Resolución 5269 de 2017, y el numeral 38 del anexo técnico de la Resolución 5267 de 2017. Justifica la exclusión en que el servicio solicitado consiste en un acompañamiento profesional que permite al niño adecuarse e integrarse en los ambientes escolares, pues el profesional sombra “se encarga de las adecuaciones curriculares, de la corrección de la conducta y del apoyo en sus actividades básicas”[20]. De esta manera, la terapia sombra es una “tecnología de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que no corresponden al ámbito de la salud, aunque sean realizadas por personal del área”[21].

23. En consecuencia, solicitó que se negara el amparo, pues no existe vulneración alguna al derecho de la salud de los niños a favor de quienes se instaura la demanda. De manera subsidiaria, en caso de que el juez de tutela accediera a las pretensiones de los accionantes, solicitó que se ordenara a la Administradora de Recursos del SGSS ADRES que reintegre el 100% a la EPS Sanitas por tratarse de servicios excluidos del PBS, y además, que la orden se limite al tiempo que determinen los médicos.

D. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Única instancia: sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá[22]

24. El Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2018, negó el amparo por considerar que era improcedente la acción, pues, según el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la competencia para resolver sobre la denegación de servicios por parte de las EPS corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud. Al respecto, citó la sentencia T-914 de 2012. Además, indicó ese Despacho, que el servicio no autorizado -terapia sombra- está expresamente excluido del PBS y que, sobre su necesidad, los accionantes no demostraron la falta de capacidad económica y tampoco el perjuicio irremediable. Esta decisión judicial no fue impugnada.

E. ACTUACIONES ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

25. Por medio de auto del 15 de marzo de 2019, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres de la Corte Constitucional dispuso la selección para revisión del expediente T-7.208.895, y correspondió por reparto, a través de sorteo, la sustanciación del asunto al Magistrado Alejandro Linares Cantillo[23].

26. Mediante auto del 29 de abril de 2019, el Magistrado sustanciador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, decretó pruebas en sede de revisión. En dicha providencia se requirió a las señoras EZMB y AMMV, para que informaran sobre la situación de escolaridad de los menores de edad, su tipo de afiliación a la EPS accionada, estado actual de salud, autorizaciones vigentes y situación socioeconómica del entorno familiar y de los acudientes.

27. Así mismo, se pidió información sobre la situación de los padres de ASP; y se requirió al Ministerio de Educación y a la Secretaría de Educación de Bogotá para que señalaran qué políticas públicas se han implementado a la fecha en materia de educación inclusiva.

Intervenciones recibidas en cumplimiento del auto del 29 de abril de 2019

EZMB[24].

28. Mediante escrito del 9 de mayo de 2019, la señora EZMB, en su calidad de representante legal del menor de edad TDMM, dio respuesta a los interrogantes planteados. En primer lugar, afirmó que su hijo se encuentra escolarizado y que inició sus estudios en el ciclo lectivo del año en curso, grado transición, en la institución pública educativa Colegio Villemar el Carmen Sede B – jornada tarde[25].

29. También indicó que es madre soltera y que sus ingresos, que son inferiores a un SMMLV, provienen de labores que desarrolla como trabajadora independiente, “realizando planos arquitectónicos”. Sobre el núcleo familiar de su hijo, precisó que se encuentra compuesto por ella, la abuela y tía maternas. Señaló, que “me encuentro apoyando el proceso educativo de mi hijo en la institución educativa de lunes a viernes de 12:25 pm a 5:00 pm y así mismo asistiendo a sus terapias de fonoaudiología y terapia ocupacional según su diagnóstico de autismo el cual requiere guía constante y un acudiente presente”. Anotó que “la cabeza aportante de este núcleo familiar”, quien “ha apoyado económicamente” es la tía del niño.

30. Manifestó que el 21 de marzo de 2019, se realizó una Junta Médica en la que se ordenó, con posterioridad a la orden del médico tratante, la prestación del servicio de “acompañamiento terapéutico en ambiente natural por psicología”, decisión soportada en que es parte del tratamiento recomendado en un esquema de ruta de atención integral[26].

32. Explicó que presentó una nueva petición de amparo constitucional, pues siguiendo lo indicado por el Juzgado 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías (despacho que falló la demanda de tutela objeto de revisión), presentó demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud contra Sanitas EPS, para que cumpliera con la garantía prevista en los artículos 7, 19, 30 y 31 de la Resolución 1885 de 2018, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, con miras a obtener el suministro efectivo del tratamiento integral de rehabilitación que requiere su hijo. Afirmó que dicha demanda fue rechazada por falta de competencia, y que la Superintendencia decidió remitir el asunto a la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C.; así que ante la presunta desprotección de los derechos de su hijo, instauró otra acción de tutela que fue conocida por el Juzgado 31 Penal

Municipal de Bogotá, despacho que amparó los derechos del niño mediante la sentencia del 24 de abril del 2019[27].

AMMB[28].

33. Mediante escrito del 9 de mayo de 2019, la señora AMMB, en calidad de agente oficiosa del menor ASP, dio respuesta a las preguntas formuladas por el Magistrado sustanciador. En primer lugar, señaló que el niño no se encuentra escolarizado.

34. Indicó que el núcleo familiar está compuesto por ella y su hija quien es la madre y representante legal del menor. Señaló que tanto ella como su hija carecen de un ingreso mensual fijo, y que se dedican a oficios varios para el mantenimiento del hogar, que incluye el pago del canon de arrendamiento. Además, señaló que su esposo, fallecido en julio de año 2018, era el responsable económico del hogar[29], pues del padre del niño, LASP, reciben una cuota mensual de trescientos mil pesos (\$300.000 m/cte).

35. En relación con la salud de su nieto, señaló que este se encuentra afiliado al SGSSS como beneficiario de la madre, en calidad de cotizante independiente. Además, indicó que recibe una hora diaria, tres veces a la semana, de cada uno de los siguientes servicios autorizados por la EPS accionada: terapias individuales, psicología, fonoaudiología, ocupacional. Preciso que la EPS también cubre el servicio de transporte hasta la IPS donde presta sus servicios, el Instituto Roosevelt. Añadió que el menor de edad está vinculado al programa “estoy aquí” – cuya finalidad es incentivar al niño a conectarse con su entorno – y que, a la fecha, no recibe el servicio de acompañamiento terapéutico en ambiente natural por psicología.

Ministerio de Educación Nacional[30]

36. Mediante escrito del 15 de mayo 2019, la entidad cita la Ley 1618 de 2013 y el Decreto 1421 de 2017, sobre el concepto la educación inclusiva, y precisa que los docentes de apoyo pedagógico, los materiales y los instrumentos requeridos son algunos elementos del esquema de atención educativa que contribuyen a la inclusión, acceso, permanencia y garantía de una educación de calidad para las personas en situación dediscapacidad.

37. Aduce que el principio de corresponsabilidad exige que “las familias de los

estudiantes en con discapacidad” (sic) cumplan una serie de obligaciones para facilitar y contribuir al proceso de inclusión. De este modo, el objetivo principal es recuperar “el enfoque pedagógico educativo, sobre el enfoque médico y clínico (...), más asociado con un proceso terapéutico, propio del sector salud”[31]. También indicó que las necesidades de los estudiantes con trastornos del espectro autista deben ser definidas de manera específica, según el plan individual de ajustes razonables -PIAR-, debido a que “no todos (...) aprenden igual ni requieren exactamente los mismos ajustes y apoyos, sino que dependen de sus particularidades individuales”[32].

38. Finalmente, el Ministerio expone que las terapias tipo sombra son incompatibles con el artículo 5º de la Ley General de Educación[33], y por esa razón, según la Directiva 04 de 2018 del Ministerio, no es posible financiarlas con recursos del sector educación. Lo anterior, debido a que “se espera que los estudiantes en su paso por el sistema educativo (...) no solo accedan al conocimiento, sino que desarrollen competencias para la vida, el autodesarrollo, la autonomía, el autocontrol, el cumplimiento de normas, la interacción con otros y con el entorno; lo cual no es posible cuando existe una sombra de por medio”[34].

Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.[35]

39. En escrito del 15 de mayo de 2019, la entidad dio respuesta al cuestionario. En primer lugar, cita los decretos 330 de 2008[36] y 1421 de 2017[37] de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., e indica que los ajustes razonables son un instrumento fundamental en la “apuesta por la educación inclusiva (...), [pues] plantea un proceso de transformación de la escuela para promover el reconocimiento de la diversidad”[38]. Lo anterior -explica- busca el trabajo conjunto entre las familias, los estudiantes y una serie de profesionales, como docentes de apoyo pedagógico e intérpretes en lengua de señas.

40. Asevera que la Secretaría de Educación “no otorga servicios ni apoyos bajo la figura de acompañamiento terapéutico, psicológico o sombra o similares”[39], pues, en el proceso educativo y pedagógico, “el acompañamiento académico que necesitan los estudiantes con discapacidad lo realiza el docente de apoyo pedagógico”[40]. En este orden, manifestó que el “acompañamiento terapéutico en ambiente natural” sobrepasa la esfera escolar, pues se aplica en “los ámbitos de interacción cotidiana del niño”.

41. Sobre la situación de escolaridad de los niños a favor de quienes se instaura la

solicitud de amparo, indica que, según el sistema integrado de matrícula -SIMAT-, TDMM se encuentra matriculado para el año lectivo 2019; mientras que, con respecto a ASP, afirma que “no se encontró ningún registro de matrícula en Colegio Público o Privado”[41]. Adicionalmente, precisa que la institución educativa en la que está el menor TDMM cuenta tanto con docentes de apoyo pedagógico como con el enfoque inclusivo y, a través de ello, “se está garantizando el proceso pertinente y de calidad para el estudiante”[42].

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

42. Esta Corte es competente para conocer de la revisión del presente asunto, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud de lo dispuesto en auto del 15 de marzo de 2019, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, la cual decidió someter a revisión la decisión adoptada por el juez de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Sobre la posible existencia de temeridad en el caso de TDMM.

43. El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 regula las consecuencias y sanciones derivadas de la actuación temeraria en sede de tutela, la cual se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la falta de justificación que soporte la presentación de una nueva tutela. Esta última condición, según ha precisado la jurisprudencia de esta Corte, debe estar vinculada con la mala fe del peticionario y su actuar doloso[43].

44. No obstante, existen dos eventos en los que no se configura la actuación temeraria a pesar de la instauración de acciones de tutela con la señalada triple identidad de hechos, partes y pretensiones. El primero, cuando no existe un pronunciamiento de fondo del juez constitucional en relación con las pretensiones elevadas. El segundo, cuando surgen circunstancias jurídicas o fácticas adicionales[44].

45. En el presente caso, la Corte advierte que la madre de TDMM ha acudido en dos oportunidades a la acción de tutela buscando la protección del derecho a la atención

integral en salud de su hijo menor, presuntamente vulnerado por la EPS Sanitas, al no autorizar el servicio de acompañamiento terapéutico en ambiente natural por psicología. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la decisión de la Junta Médica del 21 de marzo de 2019 – ver supra, 30– es una circunstancia fáctica adicional y posterior a la demanda que es ahora objeto de revisión. Y a lo anterior se agrega que la accionante instauró una demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud, siguiendo las indicaciones del juez de tutela, pero que esta se declaró incompetente para decidir. Así las cosas, se puede concluir que en el presente caso, dado que existieron nuevas circunstancias fácticas, no se presenta una identidad en los hechos que originaron ambas demandas de amparo y, por tanto, no se configura una actuación temeraria o desleal con la administración de justicia.

Sobre la solicitud de vinculación de la IPS Horizontes ABA Terapia Integral

46. En el escrito de tutela las accionantes solicitaron la vinculación de la IPS Horizontes ABA Terapia Integral. Lo anterior, según indican, porque se violó el derecho fundamental a la salud de los menores al suspender la prestación del servicio de acompañamiento psicológico en ambiente natural. Al respecto, se debe precisar que a pesar de negar y cancelar la prestación de terapia sombra, la EPS mantuvo la autorización de los demás servicios ordenados por el médico tratante y la IPS Horizontes ABA Terapia Integral continuó siendo la encargada de prestar, en ambos casos, los servicios de fonoaudiología y terapia ocupacional – ver supra, 8 y 16 –.

48. En cumplimiento del artículo 29 de la Constitución, el juez de tutela debe respetar ciertos presupuestos básicos para evitar vicios en el proceso y/o en las decisiones adoptadas. La jurisprudencia constitucional ha establecido, por ejemplo, que la debida integración del contradictorio es una garantía que repercute en los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción[46].

49. Aun cuando el primer obligado a señalar los sujetos que presuntamente han vulnerado los derechos fundamentales es el accionante, la jurisprudencia de este Tribunal ha recalcado el deber del juez de integrar el legítimo contradictorio. Al respecto se ha dicho que, en desarrollo de los principios de informalidad y de oficiosidad que rigen la acción de tutela,

“debe prestarse especial cuidado en la integración de la causa pasiva y del legítimo

contradictorio toda vez que, en ciertos eventos, la demanda se formula en contra de quien no ha incurrido en la conducta imputada, o no se vincula a la totalidad de los sujetos procesales. Tal circunstancia se presenta, generalmente, porque el particular no conoce, ni puede exigírsele conocer, la complicada y variable estructura del Estado, ni de ciertas organizaciones privadas encargadas de la prestación de un servicio público. Pero el juez, que cuenta con la preparación y las herramientas jurídicas para suplir tal deficiencia, está en la obligación de conformar el legítimo contradictorio"[47].

50. Sobre la vinculación de terceros, la sentencia T-269 de 2012 estableció que un tercero excluyente, como modalidad de vinculación en sede de tutela, adquiere tal connotación cuando (i) se pueda considerar como el titular de los derechos fundamentales invocados, excluyendo al accionante o, (ii) cuando el tercero debe asumir la posición de accionado, excluyendo a quienes fueron demandados[48]. Sobre la vinculación de terceros en sede de revisión, esta Corte ha precisado que es excepcionalísima y su procedencia es limitada[49].

51. Las disposiciones sobre el trámite que rige la acción de tutela, según lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 306 de 1992[50] y el Decreto 1069 de 2015[51], artículo 2.2.3.1.1.3., deben ser interpretadas a la luz de los principios generales del Código de Procedimiento Civil -hoy, Código General de Proceso (Ley 1564 de 2012)-, en todo aquello que no sea contrario al Decreto ley 2591 de 1991[52]. Al respecto es importante anotar que el juez de tutela no puede aplicar dicho estatuto procesal para cualquier efecto[53], y por la especial naturaleza del procedimiento de amparo constitucional, "no es dable aplicar por analogía todas las normas del procedimiento civil en relación con los recursos no previstos expresamente en las normas que regulan la acción de tutela"[54].

52. Con respecto a la causal de nulidad por falta de notificación del auto admisorio de la demanda al accionado o a su representante (artículo 133, numeral 8 del CGP -antes, artículo 140 del CPC-), la jurisprudencia constitucional ha establecido dos procedimientos para subsanar la nulidad derivada de la indebida integración del contradictorio[55].

53. El primero es declarar la nulidad de todo lo actuado, de manera que se devuelve el asunto al juez de primera instancia para que se reinicie el proceso. El segundo es un procedimiento excepcional[56] aplicado en virtud de los principios de economía y celeridad

procesal, que consiste en integrar el contradictorio en sede de revisión, atendiendo a las circunstancias del accionante –como sujeto de especial protección constitucional y en razón de su situación de vulnerabilidad[57]– que ameritan la protección urgente de los derechos fundamentales; ello, siempre y cuando la persona vinculada no alegue, en el término pertinente, la nulidad de lo actuado ante este Tribunal[58]. Además de esto, la vinculación en sede de revisión exige un deber de motivación reforzada[59], según el cual corresponde a la Corte “justificar las razones por las cuales se decide, en detrimento del derecho de contradicción y defensa, integrar el contradictorio, con el fin de evitar que se configure la nulidad”[60].

54. Hechas las precisiones sobre la excepcionalidad de la vinculación en sede de revisión, la Sala debe precisar que en el caso en cuestión no es procedente vincular a Horizontes ABA Terapia Integral, pues, como IPS, no puede continuar con la prestación de los servicios o tecnologías en salud sin la correspondiente autorización de la EPS[61]. Adicionalmente, como no es un caso de indebida notificación – al no existir una decisión de fondo –, la Sala debe precisar dos razones, por las que no es procedente vincular a la IPS. Primero, es claro que no existe una violación a un derecho fundamental imputable a la IPS, pues ésta suspendió la prestación de los servicios como consecuencia de que la EPS accionada revocó la autorización. En este orden de ideas, la IPS actuó dentro del marco de sus funciones. Segundo, y como resultado de lo anterior, la IPS antedicha no tiene la calidad de litisconsorte necesario, en los términos del artículo 61 del Código General del Proceso y, en consecuencia, no procede la vinculación en sede de revisión.

Procedibilidad de la acción de tutela – caso concreto

55. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, y la reiterada jurisprudencia de esta Corte[62], la acción de tutela es una acción de carácter residual y subsidiario, mediante la cual toda persona[63] podrá solicitar, ya sea por sí misma o a través de su representante o quien agencie sus derechos, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, en relación con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular encargado de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte gravemente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión –en los términos desarrollados en el artículo 42 del citado Decreto 2591 de 1991–.

56. De esta manera, por su naturaleza residual y subsidiaria, la acción de tutela puede ser ejercida como mecanismo de protección definitivo o transitorio. Entonces, procederá como mecanismo transitorio cuando a pesar de contar con otro medio de defensa idóneo, se ejerza para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Y es viable como mecanismo definitivo cuando (i) el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, esa vía carezca de idoneidad y eficacia para la protección integral de los derechos fundamentales afectados[64].

57. Antes de realizar el estudio de fondo del expediente seleccionado, la Sala analizará, en principio, si la acción de tutela objeto de revisión cumple con los requisitos generales de procedibilidad.

58. Legitimación por activa: De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales” (subrayadas fuera del texto original)[65]. En desarrollo de esta norma, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reguló varias posibilidades para la representación en tutela. En el caso de referencia nos ocupan dos de ellas: (i) la representación que ejercen los padres respecto de sus hijos menores para invocar la protección de los derechos fundamentales de estos, en el caso de TDMM; y (ii) la posibilidad de que un tercero agencie los derechos de quien sufre una afectación a un derecho fundamental, en el caso de ASP. La Sala estudiará de manera separada los dos escenarios antedichos.

En relación con TDMM

59. EZMB, madre del niño TDMM, según consta en el registro civil de nacimiento[66], instauró acción de tutela para lograr la protección del derecho fundamental a la salud de su hijo. En relación con la representación de los intereses de menores de edad, sus padres, como representantes legales, están en capacidad de invocar el amparo constitucional.

60. Así, la Sala encuentra que la señora EZMB actúa en defensa de los derechos fundamentales de su hijo menor de edad, y está facultada para invocar la protección de los mismos ante la presunta vulneración en la que incurrió la EPS SANITAS S.A.

En relación con ASP

61. AMMV, abuela de ASP, invocó la acción de tutela en calidad de agente oficiosa de su nieto, buscando la protección del derecho fundamental a la salud del menor. En sede de revisión, se constató que la señora AMMV ejerce las obligaciones derivadas de su crianza y cuidado de forma conjunta con la madre del niño. En razón de ello, ambas se encuentran a cargo del menor.

62. Respecto de la agencia oficiosa en tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado los requisitos que deben cumplirse para su admisibilidad:

“Según lo mencionado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, es necesario que (i) quien pretende actuar como agente oficioso manifieste en el escrito de tutela esa calidad, y (ii) que se acredite que la persona cuyos derechos se agencian no se encuentre en condiciones de promover su defensa[67](...). Adicionalmente, de acuerdo con esta misma norma, (iii) no es de la esencia que exista una relación formal entre quien actúa como agente y aquel cuyos derechos se agencian”[68].

63. Con base en lo expuesto, es preciso indicar que en el presente caso la acción de tutela se ajusta al estándar legal y jurisprudencial de admisibilidad de la agencia oficiosa y, en consecuencia, debe entenderse cumplido el requisito de legitimidad en la causa por activa. En efecto, la presente demanda fue instaurada por la señora AMMV, abuela del niño, quien manifestó expresamente en la demanda de tutela que actuaba como agente oficiosa de su nieto[69]. De acuerdo con el registro civil de nacimiento de ASP[70], este tiene cinco años de edad, y dado su diagnóstico de autismo atípico y condición de discapacidad mental (ver supra, 13), es evidente que no está en condiciones de acudir directamente ante los jueces para invocar la protección de sus derechos.

64. En síntesis, en el caso de referencia se encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa para los dos menores de edad, pues tanto la representación legal de los padres como la agencia oficiosa en tutela, en el caso concreto, satisfacen los requisitos legales. Además, no sobra recordar que, según el artículo 44 CP, y respecto de los derechos fundamentales de los niños, “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”[71].

65. Legitimación por pasiva: El artículo 86 CP establece que la acción de tutela puede ejercerse ante la “acción o la omisión de cualquier autoridad pública [y que] la ley

establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo [...]”. El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 desarrolló ese mandato constitucional en lo relativo a la demanda de amparo dirigida contra particulares[72]. En concordancia con las citadas disposiciones, esta Corporación ha expuesto que cuando el sujeto pasivo de la acción constitucional es una Entidad Promotora de Salud, al tratarse de una persona jurídica facultada para prestar este servicio público[73], sus acciones u omisiones pueden generar una amenaza o perjuicio de las garantías fundamentales de los asociados y, por tanto, pueden ser sujetos contra los cuales se dirija la acción de amparo constitucional[74].

66. En esa medida, SANITAS EPS, como entidad a la que se encuentran afiliados los dos menores de edad, fue la que negó la autorización de la prestación de los servicios de acompañamiento terapéutico, decisión que, según las accionantes, conforma la vulneración de los derechos de los menores. En ese orden de ideas, la Sala encuentra que en el presente asunto se acredita la legitimación en la causa por pasiva.

67. Inmediatez: En relación con la inmediatez, la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela no tiene un término de caducidad[75], pues el artículo 86 de la Constitución dispone que puede instaurarse “[...] en todo momento y lugar [...]”. No obstante, esta Corte también ha indicado que lo anterior no supone una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier tiempo, pues una interpretación semejante pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción misma, concebida, según el propio artículo 86, como un mecanismo de “protección inmediata”.

68. A partir de lo expuesto, se ha entendido que la presentación de la tutela debe obedecer al criterio de razonabilidad, so pena de declarar su improcedencia[76]. Ahora bien, no existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, de manera que corresponde al juez constitucional evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que sería un plazo adecuado.

69. Para el caso concreto, la Sala concluye que la tutela se presentó dentro de un término prudente y razonable, toda vez que transcurrió menos de un mes entre la invocación del amparo, el 30 de noviembre de 2018, y los sucesos que a continuación se

enuncian: (i) la cancelación de la autorización a la IPS para prestar los servicios reclamados en sede de tutela -6 de noviembre de 2018-; (ii) la petición presentada a la EPS, por cada una de las accionantes, solicitando la continuidad en la prestación de estos servicios -8 de noviembre de 2018-; y finalmente, (iii) la respuesta a las respectivas peticiones elevadas -recibida el 26 de noviembre por la madre de TFMM, y el día 22 del mismo mes por la abuela de ASP-.

70. Subsidiariedad: a la luz del artículo 86 de la Constitución, los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia[77], la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por esta razón, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto[78]. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto de un derecho fundamental. También, la procedencia como mecanismo transitorio exige acreditar: (i) la temporalidad, vista como la afectación inminente; (ii) la urgencia de las medidas en la protección del derecho amenazado; (iii) la gravedad en el grado de afectación del derecho; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para garantizar la protección del derecho[79].

71. De este modo, acreditar el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. En esa medida, se ha sostenido que “una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados”[80]. Ambos requisitos deben ser apreciados a la luz de los hechos del caso concreto, pues situaciones individuales como la condición de sujeto de especial protección constitucional -como, por ejemplo, niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, de la tercera edad o en situación de discapacidad- y la condición de debilidad manifiesta, inciden en este estudio, y repercute en un “examen de procedencia de la tutela (...) menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”[81].

72. Tratándose del derecho fundamental a la salud, la Superintendencia Nacional de Salud tiene competencias jurisdiccionales para resolver ciertas controversias que puedan surgir entre los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- y las entidades que lo conforman[82]. Al respecto, los artículos 41 de la Ley 1122 de 2007 y 126 de la Ley 1438 de 2011 establecen los supuestos de competencia, y determinan que se trata de un procedimiento jurisdiccional, fallado en derecho, definitivo, preferente y sumario. Además, es un proceso que debe salvaguardar las garantías del debido proceso, defensa y contradicción, y principios como la eficacia, celeridad y la economía procesal.

73. En relación con el derecho a la segunda instancia, la impugnación presentada contra las decisiones adoptadas por la referida Superintendencia debe resolverse en veinte días, pues, de acuerdo con las sentencias T-603 de 2015 y SU-124 de 2018, los términos establecidos en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 se aplican por analogía[83].

“el análisis de idoneidad y eficacia del mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud debe realizarse siempre a partir de las circunstancias que rodean el caso concreto. En tal sentido, la jurisprudencia ha destacado la obligación del juez constitucional de verificar las particularidades que pueden tornar procedente la acción de tutela, entre las cuales se encuentran: (i) la calidad de sujetos de especial protección de quienes solicitan el amparo; (ii) la gravedad del riesgo para la salud o la vida digna de los afectados; y (iii) las condiciones de debilidad manifiesta de los solicitantes”[86].

75. En este orden, aunque la tutela tiene un carácter residual en la protección de los derechos de los usuarios del SGSSS, ante “la inminente configuración de un perjuicio irremediable o [cuando] se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo”[87], la acción de tutela adquiere el carácter de mecanismo idóneo y eficaz de protección. Siendo así, cuando se determina que el mecanismo carece de idoneidad, se hace imperativa la intervención del juez constitucional por estar en riesgo derechos como la vida, la integridad y la salud[88], o por encontrarse acreditada la condición de debilidad manifiesta y/o de sujeto de especial protección de los solicitantes[89]; casos en los cuales, dependiendo de las circunstancias concretas, se ha concedido la tutela bien como mecanismo definitivo o transitorio[90].

76. La sentencia SU-124 de 2018 estableció una serie de reglas que debe analizar el

juez, en el caso concreto, en aras de determinar la competencia subsidiaria del juez de tutela por falta de idoneidad y/o eficacia del mecanismo según las situaciones particulares. De modo tal que, según las circunstancias del caso concreto, el juez constitucional debe analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud. Lo anterior, puesto que el amparo constitucional procederá, por ejemplo, cuando:

- a. “Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.
- b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.
- c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.
- d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad (sic)”. [91]

77. En el presente asunto, la Sala considera que se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela como mecanismo definitivo, en tanto: (i) se trata de dos menores de edad, sujetos de especial protección constitucional [92]; (ii) existe una potencial amenaza al derecho fundamental a la atención integral en salud; y (iii) el servicio de acompañamiento psicológico en ambiente natural se encuentra expresamente excluido según la Resolución 5269 de 2017 [93], y, en esa medida, el litigio planteado no es de conocimiento de la Superintendencia de Salud (literal e del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007) [94].

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

78. Corresponde a esta Sala de revisión determinar si la E.P.S accionada vulneró el derecho fundamental a la salud de los menores TDMM y ASP, al negar la autorización y suspender la prestación de un servicio excluido del PBS. Lo anterior, teniendo en

consideración que (i) en el caso del menor TDMM, adujo su exclusión explícita del PBS, de conformidad con la Resolución 5267 de 2017; y (ii) en el caso de ASP, con motivo de su no inclusión en el PBS, de conformidad con la Resolución 5269 de 2017.

79. Para efectos de dar respuesta al problema planteado, esta Sala abordará los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la salud, las exclusiones del Plan de Beneficios, y el marco constitucional y legal aplicable a las terapias de acompañamiento terapéutico en ambiente natural por psicología; (ii) el derecho a la educación en relación con las políticas inclusivas para las personas en situación de discapacidad, y las obligaciones especiales de las autoridades e instituciones que intervienen en el sistema educativo; y (iii) la resolución del caso concreto.

80. Previo a desarrollar la metodología de análisis propuesta, es necesario tener presente que, en sede de revisión (ver supra, 32) se puso en conocimiento de la Sala que mediante fallo de tutela del 24 de abril de 2019, proferido por el Juzgado 31 Penal Municipal de Bogotá, se ordenó a la EPS accionada el suministro de “terapia por psicología tipo ABA” solicitadas por el menor TDMM. Por lo anterior, en primer lugar, se abordará la posible carencia actual de objeto, con el fin de determinar si en el caso concreto de TDMM, se encuentran acreditados los supuestos para su configuración.

D. CARENCA ACTUAL DE OBJETO – MODALIDADES. CARENCA ACTUAL DE OBJETO POR SITUACIÓN SOBREVINIENTE. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

81. En el curso del trámite de una acción de tutela, pueden darse varios escenarios en el momento de proferir el fallo, entre ellos, puede ocurrir que (i) los hechos que dieron lugar a la presunta vulneración e invocación del amparo subsistan, caso en el cual, de ser procedente, el juez debe emitir un pronunciamiento de fondo, o (ii) que ocurra una variación en los hechos que originaron el proceso, de tal forma que, por situaciones ajenas al mismo, cualquier pronunciamiento que pudiera hacer el juez sobre las pretensiones planteadas por el accionante “caería en el vacío”.

82. En el curso del trámite de revisión, que concluye con un pronunciamiento judicial de este Tribunal con efectos de cosa juzgada, también pueden presentarse las dos situaciones antedichas. Entonces, es posible que la presunta vulneración subsista, o que, por una variación en los hechos, carece de sentido un pronunciamiento de la Corte

Constitucional. El segundo supuesto ha sido denominado carencia actual de objeto, y puede darse en tres modalidades: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente.

83. El hecho superado se encuentra previsto en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991[95]. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación[96] ha precisado que aquel que se configura cuando entre el lapso de instauración de la acción de tutela y el momento en que el juez va a proferir la respectiva sentencia desaparece la vulneración de los derechos alegados por una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda, debido a hechos atribuibles a la entidad accionada. Como resultado, cesa la vulneración y con ello, la acción carece de objeto. Ahora bien, la configuración del hecho superado, en los términos antedichos, permite que el juez de tutela realice observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la instauración de la acción, ya sea para conminar a la parte pertinente a evitar su repetición o advertir su falta de conformidad con la Constitución[97].

84. En sentido contrario, el supuesto del daño consumado se presenta cuando, entre la interposición de la acción y el fallo del juez, ocurre un cambio en los hechos que impide acceder a la protección solicitada, toda vez que se causa el daño que pretendía evitarse con la instauración de la acción. En estos casos, la Corte ha indicado que ya no es posible hacer cesar la vulneración, por lo que lo único que cabe es la prevención a la autoridad para evitar que no vuelva a incurrir en la conducta que dio origen a la acción, o la reparación por los perjuicios causados[98], para lo cual la acción de tutela, en principio, no es el medio para obtener dicha reparación[99] -salvo lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, y en tanto la indemnización, entre otros requisitos, sea necesaria para garantizar el derecho fundamental[100]-. Un ejemplo claro de esta modalidad de carencia actual de objeto es cuando, por falta del suministro del medicamento o insumo solicitados en la tutela, el paciente fallece en el curso del proceso[101].

85. Finalmente, la tercera modalidad es la situación sobreviniente. Este supuesto, ocurre cuando en el transcurso del proceso, y antes de que el juez emita un pronunciamiento de fondo, se presenta una variación en los hechos, de tal forma que, el accionante pierda el interés en la satisfacción de sus pretensiones o sea imposible llevarlas a cabo. En este escenario, también sería inócua cualquier orden del juez constitucional en relación con el objeto de la tutela.

86. Es necesario precisar que, en esta hipótesis, a diferencia de las dos anteriores, el cese en la presunta vulneración de los derechos fundamentales no es imputable a la entidad accionada[102], sino que se da por situaciones ajenas a su voluntad, ya sea porque, entre otros, el accionante asumió una carga que no debía asumir, hay una situación sobreviniente por sucesión procesal[103] o se actuó en cumplimiento de una orden judicial[104].

87. En este orden de ideas, de encontrar acreditado alguno de los supuestos mencionados, el juez constitucional debe proceder a la declaración de la carencia actual de objeto, toda vez que cualquier pronunciamiento que haga sobre las pretensiones inicialmente planteadas en la tutela “caería en el vacío”[105]. La Sala se pronunciará sobre la posible configuración de una carencia actual de objeto al resolver el caso concreto de TDMM.

E. DERECHO A LA SALUD – CARÁCTER FUNDAMENTAL Y AUTÓNOMO – SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD EXCLUIDAS DEL PLAN DE BENEFICIOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

88. El derecho a la salud se encuentra contemplado en el artículo 49 de la Constitución como un derecho económico, social o cultural[106] y prescribe que aquel es un servicio público, a cargo del Estado, que comprende servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, garantizado a todos los colombianos[107].

89. No obstante, a pesar de tratarse de un derecho que no se encuentra directamente contemplado como fundamental dentro del texto constitucional[108], este tribunal reconoció, desde sus primeros pronunciamientos en sede de revisión de acciones de tutela[109], la posibilidad de amparar los derechos sociales, económicos y culturales a través de dicha acción, a la condición de que se presentara conexidad entre aquellos y los derechos consagrados como fundamentales, de tal forma que, sin la protección efectiva de los primeros, se generara una afectación en los segundos. La anterior tesis ha sido conocida como la tesis de la conexidad[110]. Concretamente, sobre el derecho a la salud en particular, la Corte Constitucional sostuvo que, si bien no ostentaba en sí mismo el carácter de fundamental, su protección vía tutela procedía en aquellos casos en los que “deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su

dignidad.”[111].

90. Posteriormente, este tribunal estimó que los denominados derechos prestacionales podían tener un vínculo tan estrecho con los derechos humanos, que eso les otorgaría, bajo ciertas circunstancias, la calidad de derechos fundamentales per se, lo que a su vez daría lugar al amparo constitucional, cuando (i) se tratara de un deber de abstención relacionado con estos derechos; (ii) se pretendiera el respeto o cumplimiento de los derechos subjetivos nacidos del respectivo desarrollo normativo; y (iii) aun cuando no hayan nacido derechos subjetivos, se tratara de sujetos de especial protección en circunstancias de debilidad manifiesta, y respecto de quienes se hace necesaria la intervención del juez de tutela con el fin de lograr la adopción de medidas que permitan hacer efectivas las condiciones de igualdad material y los postulados del Estado Social de Derecho[112].

91. La jurisprudencia elevó el derecho a la salud a la categoría de fundamental y autónomo en varios pronunciamientos[113]. También, en la sentencia T-760 de 2008 precisó que su ámbito de protección no se encontraba delimitado por el Plan Obligatorio de Salud, sino que era extensivo a aquellos casos en los cuales el usuario del sistema requiriera con necesidad un servicio no incluido en el plan, y la negativa de suministro pudiera comprometer de forma grave la vida o integridad de la persona[114].

92. Ahora bien, en lo que respecta a menores de edad, el derecho a la salud ha sido calificado expresamente como un derecho fundamental en el texto constitucional. El artículo 44 CP dispone que “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)” (resaltado por fuera del texto original).

93. Con la expedición de la Ley 1751 de 2015 –Ley Estatutaria de Salud–, la jurisprudencia constitucional se armonizó con la facultad de configuración del legislador, pues dicha ley consagró expresamente el derecho a la salud como derecho fundamental y autónomo, sin realizar distinciones entre menores de edad y adultos[115], con carácter irrenunciable, y cuya prestación como servicio público se realiza bajo el indelegable control y supervisión del Estado[116]. Así mismo, el legislador estatutario definió sus elementos esenciales[117], y estableció las condiciones de prestación del servicio[118].

94. Concretamente, al regular la prestación del servicio público de salud, la Ley 1751

de 2015 dispuso que el servicio se encontraría estructurado sobre una concepción integral del derecho[119], que incluyera su promoción, prevención, paliación, la atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas[120]. No obstante, el legislador fue claro en establecer 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) 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;
- (ii) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- (iii) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- (iv) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- (v) Que se encuentren en fase de experimentación; y
- (vi) Que tengan que ser prestados en el exterior[121].

95. De esta forma, el legislador dispuso que todos los servicios y tecnologías que cumplieran con alguno de los mencionados criterios, debían ser expresamente excluidos del Plan de Beneficios, no bajo el criterio unilateral que para el efecto fijara el Ministerio de Salud y Protección Social[122], sino como resultado de un procedimiento técnico científico, de carácter público, colectivo, participativo, colectivo y transparente, que debía tener en cuenta los conceptos de expertos en cada materia y pacientes potencialmente afectados con la decisión de exclusión.

96. El anterior procedimiento de exclusiones, fue desarrollado por el Ministerio en varias etapas[123], que culminaron con la expedición de las resoluciones 5267 y 5269 de 2017[124]. La Resolución 5267, adoptó el listado de servicios y tecnologías que serían excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, y la Resolución 5269 actualizó integralmente los mecanismos y fuentes de financiación del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, ambas vigentes durante el año 2018[125].

97. De esta manera, se constata la existencia de un nuevo diseño del plan de servicios y tecnologías en salud, antes conocido como Plan Obligatorio de Servicios (POS) - hoy Plan de Beneficios (PBS), en el que, a diferencia del modelo anterior, se entienden incluidos en el PBS todos los servicios y tecnologías prescritos en salud, a excepción de los que sean expresamente excluidos por el Ministerio como resultado de un procedimiento técnico científico[126].

98. Ahora bien, la constitucionalidad de este listado de exclusiones fue avalada por esta Corte mediante sentencia C-313 de 2014, en la que se estudió el contenido material del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

99. En aquella oportunidad, este Tribunal consideró que las exclusiones resultaban congruentes con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios y tecnologías se constituye en regla y las exclusiones son la excepción, siempre que estas sean expresas y taxativas. De esta forma, estudió el contenido de cada uno de los seis literales que contienen los criterios de exclusión, y procedió a declarar -en su mayoría- su exequibilidad simple con algunas precisiones. Así mismo, la Corte señaló que el procedimiento de exclusiones era constitucional en cuanto atendía a los criterios de participación ciudadana en el sistema de salud y al principio de integralidad en la atención en salud, al proscribir el fraccionamiento de los servicios previamente cubiertos.

100. De esta manera, el listado de exclusiones contemplado en la Resolución 5267 de 2017, deviene de un procedimiento técnico-científico, participativo, público y transparente, cuya implementación fue avalada por esta Corte en sede de control abstracto - ver supra, 99 -, y posteriormente, en auto 410 de 2016, proferido por la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T - 760 de 2008[127].

101. Así, en el referido auto se consideró que de conformidad con los fundamentos contenidos en la Sentencia C - 313 de 2014, los actores del sistema deben contar con una participación activa en las decisiones que les conciernen en materia de salud. En este sentido, expuso que es una obligación del rector de la política pública crear ambientes para que la población pueda intervenir en la adopción de las determinaciones, como un componente específico de este derecho fundamental. En este sentido, al estudiar la inclusión, supresión, y exclusión de tecnologías en salud contenidas en la Resolución 5592

de 2015, dicho auto evaluó la participación ciudadana de los usuarios, pacientes, sociedades científicas y demás actores del SGSSS en dicho procedimiento, afirmando además que “de cara al proceso evolutivo de actualización del plan de beneficios, se puede afirmar que corresponde al Ministerio de Salud y la Protección Social cumplir con este cometido (...) atendiendo el nuevo sistema de aseguramiento que hace la transición de un programa de coberturas explícitas a uno de exclusiones explícitas, el que debe en todo caso contar con la participación activa de usuarios, comunidad científica, expertos, entre otros”.

102. No obstante lo anterior, resulta importante precisar que en la sentencia C-313 de 2014, esta Corte especificó que el listado de exclusiones expedido por el Ministerio podía ser inaplicable, atendiendo los parámetros previamente fijados por la jurisprudencia constitucional, es decir, que había lugar a la inaplicación, excepcional, ante la concurrencia de los siguientes eventos:

- (i) Que la ausencia del fármaco o procedimiento amenace la vida o integridad física del paciente;
- (ii) Que no exista dentro del PBS otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del paciente;
- (iii) Que el paciente carezca de los recursos económicos para sufragar el costo del servicio o tecnología y no cuente con la posibilidad de lograr su suministro mediante planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores; y
- (iv) Que el medicamento haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, que debe estar afiliado a la respectiva EPS.

103. Como primera premisa, no existen derechos fundamentales de carácter absoluto, aun cuando hay algunos, como el derecho a la salud, que gozan de una especial relevancia constitucional y protección por parte del Estado[128]. En este orden, el derecho a la salud, como cualquier garantía fundamental, puede ser objeto de restricciones en el acceso, tales como los criterios de exclusión determinados en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015[129], siempre que dichas restricciones sean constitucionales, lo que en este caso se traduce, en

su congruencia con un concepto del servicio de salud en el que todo se encuentra incluido, salvo lo expresamente excluido, y el señalamiento expreso de los servicios y tecnologías no financiados con los recursos destinados a la salud – ver supra, 99 –.

104. Así, se concluye que, para esta Corte, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 es constitucional, en los términos expuestos en la Sentencia C – 313 de 2014, por cuanto (i) las exclusiones son congruentes con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios y tecnologías se constituye en regla y las exclusiones son la excepción, siempre que estas sean expresas y taxativas[130]; (ii) el procedimiento de exclusiones atiende a los criterios de participación ciudadana en el sistema de salud[131]; (iii) atiende al principio de integralidad, al proscribir el fraccionamiento de los servicios previamente cubiertos; (iv) el listado de exclusiones puede ser inaplicable, excepcionalmente y en los estrictos términos previstos en la jurisprudencia – ver supra, 102 –; y (v) el listado de exclusiones constituye una restricción admisible a este derecho fundamental.

105. Ahora bien, en auto 410 de 2016 esta Corte recordó que el proceso de actualización del PBS, en atención al artículo 2 de la Constitución, “debe contar con la participación inmediata y efectiva de los usuarios y la comunidad médica, por tener un interés directo en el goce efectivo del derecho a la salud”.

106. De manera inicial, las terapias con enfoque tipo ABA, según el Anexo Técnico de la Resolución 4251 de 2012 del Ministerio de Salud, son programas “para pacientes con diagnóstico de autismo, [que contienen] intervenciones, actividades y procedimientos en salud y educación”. Al respecto, dicho organismo estableció que gran parte de estas “terapias no cuentan con evidencia científica sobre su seguridad y efectividad”[132], y, en esa medida, financiarlas con recursos públicos “estaría en contra de lo ordenado en el artículo 15 de la ley estatutaria de salud”. Dentro del conjunto de terapias con el enfoque antedicho se encuentran las llamadas “terapias sombra”, las cuales consisten en el servicio que presta una “persona (maestro o niñoero, por ejemplo) que acompaña de manera permanente a un niño con [Trastornos del Espectro Autista – en adelante TEA-] a fin de vincularlo con el mundo exterior”[133]. No es adecuado referirse a “tutor sombra”, pues “el término correcto es “terapia sombra” [definida] como “una persona natural que se encarga como su nombre lo indica de estar acompañando al menor en condición de discapacidad en

el proceso educativo”[134].

107. En relación con la efectividad de las sombras terapéuticas, el Ministerio de Salud y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS)[135], 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”[136]; 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”[137].

108. Por lo anterior, la resolución 5267 de 2017 -aplicable al caso concreto- estableció en el numeral 38 que las terapias sombra, sin importar la condición o enfermedad asociada a su prescripción, se encuentran excluidas del financiamiento con recursos públicos asignados al sector salud.

109. En esa medida, el acompañamiento terapéutico en ambiente natural, como modalidad de terapia sombra[138], carece de evidencia científica que la respalde, y en ese orden, se enmarca dentro de los supuestos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. Así las cosas, la Sala encuentra que se trata de un servicio de la salud expresamente excluido, conforme a los requisitos jurisprudenciales mencionados, por lo que, en principio, no puede ser financiado con los recursos públicos destinados a la salud.

110. Entonces, tratándose de menores de edad, y en cumplimiento de la atención integral en salud, la sentencia T-802 de 2014 dejó claro que la orden médica de una terapia tipo ABA no es suficiente para la prestación del servicio, pues exige: (i) justificar “con base en criterios médico-científicos que el paciente va obtener una mejoría o progreso en su salud (sic)”; (ii) explicar por qué la terapia tipo ABA ordenada, “no puede ser sustituid[a] o reemplazad[a] por uno de los servicios incluidos en el POS”; (iii) probar, en todos los casos, que los accionantes no tienen los recursos para sufragar las terapias tipo ABA. Lo anterior, en cumplimiento de los criterios jurisprudenciales recogidos en la sentencia C-313 de 2014 -ut supra 102 -. La exigencia en comento, retomando el fundamento 107 anterior, es compatible con el mencionado Protocolo Clínico del Ministerio de Salud y el IETS, pues en éste se determina que “las intervenciones basadas en ABA no demostraron diferencias

estadísticamente significativas comparadas con la terapia habitual, para mejorar los desenlaces de habilidades cognitiva, (...) lenguaje expresivo, (...) [ni] lenguaje receptivo”[139].

111. Hasta este punto, es claro que la Ley 1751 de 2015 introdujo un cambio en el parámetro de control aplicable al derecho fundamental a la salud, que se reflejó, entre otras, en la premisa rectora bajo la cual: todo se encuentra incluido, salvo lo que está expresamente excluido. En esta línea, la sentencia C-313 de 2014 sostuvo que la “definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, (...) [pues cuando el derecho] está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas”. También, al revisar las terapias sombra, es claro que se encuentran expresamente excluidas de la financiación con los recursos en salud – ver *supra*, 108 –, pues no existe suficiente evidencia científica que soporte sus beneficios en el proceso de recuperación del estado de salud de una persona con diagnóstico de TEA – ver *supra*, 107 y 110 –. Finalmente, la jurisprudencia ha reconocido que este tipo de terapias pueden ser cubiertas, excepcionalmente, por los recursos destinados a la salud, siempre y cuando, exista prueba sobre (i) la necesidad de la mejoría o progreso, a partir de criterios médico-científicos; (ii) la explicación del médico tratante, junto con su orden médica vigente, sobre la imposibilidad de sustituir o reemplazar la terapia ABA ordenada; (iii) y la prueba sobre la incapacidad económica del paciente – ver *supra*, 110 –.

F. DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN. ENFOQUE SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD Y EDUCACIÓN INCLUSIVA

112. La jurisprudencia de esta Corte, en desarrollo del artículo 67 de la Constitución y varios instrumentos de carácter internacional[140], ha establecido que la educación es un derecho fundamental[141]. Además, la Carta así lo cataloga en relación con los niños, niñas y adolescentes, pues el artículo 44 de la Constitución garantiza su protección a las personas en situación de discapacidad, en relación con lo cual establece una obligación especial del Estado -artículo 68 *ibídem*-.

113. Más allá de su carácter fundamental, esta Corte ha reconocido, entre otras, que la educación es: (i) un derecho inherente a la persona[142]; (ii) un servicio público esencial,

gratuito y obligatorio en el nivel básico primario[143]; (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[144]; (iv) a las entidades públicas de orden nacional y territorial corresponde asegurar el cubrimiento adecuado, junto con las condiciones de acceso y permanencia[145]; (v) el Estado debe contribuir, mediante acciones positivas, para eliminar las barreras de acceso a una educación de calidad que enfrentan los menores en condición de discapacidad[146]; y (vi) finalmente, tiene cuatro características principales: aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad[147].

114. Ahora bien, en el mismo sentido señalado por esta Corte en la sentencia T-170 de 2019, la interpretación sistemática de los artículos 13, 44 y 68 de la Constitución crea una serie de obligaciones, en cabeza del Estado, las instituciones educativas y las familias de los menores en situación de discapacidad, para asegurar su derecho a la educación en las condiciones antedichas. Además, en estos casos, se trata de una educación inclusiva con enfoque social, cuyo objetivo es que los menores en condición de discapacidad “no pueden ser apartados de los demás [estudiantes] en razón de sus características personales, muchas de las cuales tradicionalmente han sido catalogadas y percibidas como limitaciones individuales”[148].

115. Lo anterior debe ser leído a la luz del artículo 67 de la Constitución, según el cual “[e]l Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación”. Así, si bien es cierto que, como servicio público esencial y fin superior, el Estado está obligado a su prestación, también la familia e instituciones educativas tienen cargas que asumir a ese respecto. Lo anterior, se reconoce como corresponsabilidad en el artículo 10 de la Ley 1098 de 2006, y al respecto la Corte ha precisado que: “todos y cada uno de los derechos que el ordenamiento constitucional consagra a favor de los niños y niñas, contienen obligaciones a cargo del Estado y de la familia, los padres, o aquellos que tienen su custodia”[149] (subrayado por fuera del texto original). En este orden de ideas, “las obligaciones que surgen (...) del derecho fundamental a la educación (...), no comprometen exclusivamente al Estado, se extienden a las familias y a la sociedad en general”[150].

116. De modo que los primeros obligados en relación con la satisfacción de los derechos de los niños son sus padres, responsables o acudientes, en cumplimiento de los deberes de orientación, crianza, cuidado y acompañamiento[151]. En relación con la educación, los

padres tienen el derecho de escoger la institución educativa para la formación de los niños, y el deber correlativo de inscribir o matricular a sus hijos en alguna de las instituciones que conforman la oferta.

117. Los padres, además, atendiendo a la educación como derecho deber, deben velar porque el estudiante responda con obligaciones académicas, y en esa medida, “la garantía en la prestación del servicio educativo no solo depende del Estado, sino también del beneficiario del derecho quien, con el apoyo de sus padres, debe cumplir con unas cargas mínimas y admisibles constitucionalmente para su garantía”[152].

118. El Estado, más allá de las obligaciones establecidas en los fundamentos normativos 113 y 114, debe priorizar la educación inclusiva[153] de todas las personas en cumplimiento del principio de igualdad. A su vez, debe velar por la formación integral, instalaciones adecuadas, y en general, “asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”[154].

119. En relación con las personas en situación de discapacidad, la Ley Estatutaria 1618 de 2013[155], en su artículo 11, estableció una serie de obligaciones especiales en cabeza del Ministerio de Educación, como entidad del orden nacional encargada de fomentar el acceso y permanencia educativa de las personas con necesidades educativas especiales. En el orden local, los responsables son las entidades territoriales certificadas en educación y a los establecimientos educativos. Al analizar la constitucionalidad de la precitada ley, esta Corte estableció que pretende “la plena inclusión al sistema educativo de los estudiantes afectados por algún tipo de discapacidad (...) en la misma dirección trazada desde sus inicios por la jurisprudencia constitucional de este tribunal”[156]. Recientemente, la sentencia C-149 de 2018 precisó que la inclusión efectiva – objetivo de la Ley 1618 de 2013 – requiere el trabajo articulado de los prestadores del servicio de educación, quienes la garantizan, las familias y el estudiante, integración que a nivel individual requerirá la realización de los ajustes razonables necesarios según la diversidad funcional que presente el alumno.

120. Ahora bien, en desarrollo de las obligaciones antedichas, el Decreto 1421 de 2017, materializó varias obligaciones especiales en pro de la inclusión efectiva en el sistema educativo de las personas en situación de discapacidad. Algunas de estas son, por ejemplo,

las acciones afirmativas en materia educativa, cuyo fin es superar las barreras que tradicionalmente han impedido el goce efectivo del derecho; y los ajustes razonables entendidos como “las acciones, adaptaciones, estrategias, apoyos, recursos o modificaciones necesarias (...) basadas en necesidades específicas de cada estudiante”[157]. Incluye también insumos y medios de apoyo necesarios y que, por directriz de la norma, deben ser implementados, bien sea por las instituciones educativas, las secretarías de educación de las entidades territoriales, o el Ministerio de Educación Nacional[158].

121. La Sala reconoce el Plan Individual de Ajustes Razonables (PIAR) como herramienta fundamental para la educación inclusiva real, pues con este el parámetro de desarrollo de esta cambió. Actualmente, se debe “lograr que el sistema educativo se adapte a las necesidades del estudiante, y no que el estudiante sea quien deba adaptarse al entorno educativo”[159]. La implementación del PIAR, en consecuencia, exige, por ejemplo, la flexibilidad de programas académicos y la presencia de docentes de apoyo pedagógico[160]. Entonces, el PIAR debe ser diseñado según las condiciones individuales del estudiante, la institución educativa debe promover las condiciones para su seguimiento, cumplimiento, y además, esta debe “entablar un diálogo con su familia y cuidadores, para fortalecer el proceso de educación inclusiva”[161]. En este orden de ideas, es evidente que un PIAR efectivo no depende exclusivamente de la institución educativa, pues exige, de manera paralela, y en primer orden, la vinculación o matrícula del estudiante y, en esa medida, el apoyo constante de la familia o responsables del menor.

122. Sin embargo, en aquellos PIAR en los que se evidencia la necesidad de un acompañamiento permanente en el aula de clases por parte de profesionales especializados en la asistencia de personas en situación de discapacidad, este Tribunal ha establecido que, al tratarse de una modalidad de ajuste razonable para garantizar la educación inclusiva, es un costo que corresponde asumir al sector educativo[162]. Esta conclusión resulta armónica con la motivación técnico científica que excluye expresamente la educación especial y las sombras terapéuticas de las tecnologías o servicios en salud financiadas con recursos del sector salud[163]. En este orden de ideas, para la Sala, los acompañamientos terapéuticos en aula, como ajuste razonable, son servicios cuya función es educativa, y por ello, deben ser asumidos por el sector de educación.

123. En el asunto objeto de análisis, la Sala deberá determinar si la EPS accionada, al negar la autorización de “acompañamiento psicológico en ambiente natural” vulneró el derecho a la atención integral en salud de los menores. Y, de manera preliminar, la Corte deberá establecer si en el caso de TDMM existe una carencia actual de objeto.

Carencia actual de objeto por situación sobreviniente, en el caso del menor de edad TDMM

124. A partir de las pruebas aportadas en sede de revisión, la Sala constató que, con posterioridad a la decisión judicial que se revisa, existe (i) una Junta Médica, del 21 de marzo de 2019, que avaló la orden de “acompañamiento psicológico en ambiente natural” en seguimiento de la orden del médico tratante[164]; (ii) una acción de tutela interpuesta en abril de 2019, cuya sentencia del 24 de abril de 2019 ordenó a la EPS accionada suministrar el servicio prescrito – ver supra 31 –; y (iii) una autorización vigente de la EPS para dicho servicio. En este orden de ideas, se pudo constatar que la madre del menor TDMM presentó una acción de tutela con posterioridad al fallo que se revisa y, con ella, logró un pronunciamiento que concedió, por el término de seis meses conforme a la orden del médico tratante, la prestación del servicio cuya autorización revocó la EPS accionada y con ello, dio origen a la presente acción de tutela.

125. Siendo así, según lo expuesto anteriormente en esta providencia, la Sala considera que respecto del menor TDMM, se configura una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, toda vez que las pretensiones planteadas en la acción de tutela ya fueron satisfechas íntegramente, por situaciones ajenas a la voluntad de la EPS accionada (orden judicial), lo que sin duda ha hecho que la señora EZMB pierda interés en el resultado de la demanda bajo examen, y a su vez, haría inocuo cualquier pronunciamiento u orden que esta Sala pudiera impartir al respecto.

126. Por lo expuesto, la Sala declarará una carencia actual de objeto, por situación sobreviniente, respecto del menor TDMM, en la parte resolutive del presente proveído.

El deber de corresponsabilidad parental como elemento determinante en la protección de los derechos de los hijos menores

127. Ahora bien, en lo que respecta al menor ASP, la Sala pudo constatar en sede de

revisión, que el menor no se encuentra escolarizado – ver supra, 34 –, situación que evidencia, en primer lugar, un incumplimiento en las recomendaciones del profesional tratante – ver supra, 14 –.

128. En relación con el servicio prescrito “acompañamiento psicológico en ambiente natural”, una modalidad de sombra terapéutica, esta Sala encuentra varias situaciones. Primero, que se trata de un servicio expresamente excluido conforme al numeral 38 del Anexo Técnico la Resolución 5267 del 2017 del Ministerio de Salud, aplicable al caso concreto. Segundo, que esta exclusión es válida a la luz del artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Tercero, no basta la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que ésta autorice un servicio excluido del PBS, pues una orden médica así, exige inaplicar el anexo técnico de exclusiones y con ello, requiere que se acrediten los supuestos de la sentencia de la C-313 de 2014. En ese orden, el médico tratante deberá explicar porque el servicio, tecnología o medicamento excluido es pertinente para el tratamiento, en concreto, y además, deberá demostrar que las alternativas comprendidas dentro del PBS para el tratamiento no son aptas para el tratamiento de referencia.

129. Entonces, en el caso de ASP la Sala encuentra que no hay vulneración al derecho a la salud del menor, por las siguientes razones.

130. A pesar de que existió una orden médica que prescribió el “acompañamiento psicológico en ambiente natural”, esta orden no está vigente; pues su fecha es del 05 de octubre de 2018 – ver supra, 14– y la vigencia de su prescripción de seis (6) meses. De este modo, para la Sala es claro que no hay una orden médica vigente que ordene el servicio objeto de esta tutela. Siendo así, en armonía con la sentencia T-170 de 2019, el juez de tutela no puede ordenar un servicio o tecnología en salud sin la correspondiente orden médica[165].

131. Adicionalmente, no existió una Junta Médica que se encargará de secundar la necesidad terapéutica y el criterio científico para el tratamiento de la patología de ASP – como sí ocurrió en el caso de TDMM, ver supra, 30–, por lo que más allá del criterio del médico tratante, no hay un criterio técnico, secundado en los protocolos establecidos por el Ministerio de Salud y en línea con la sentencia C-313 de 2014, que justifique la inaplicación

del listado de exclusión.

132. Dadas las condiciones antedichas, no existió un estudio sobre la posibilidad de sustituir el servicio de “acompañamiento psicológico en ambiente natural” por uno no excluido del PBS. Adicionalmente, conforme al Protocolo científico –ver supra, 30–, la ausencia de la prestación del servicio de terapia sombra, al tratarse de una modalidad de terapia ABA, no afecta la salud de ASP, pues incluso el material científico existente y estudiado por el Ministerio de Salud y el IETS, concluye que las terapias ABA no tienen incidencia sobre la salud de los pacientes con TEA, pues sus efectos son el plano comportamental y por ende, educativo.

133. Tampoco se probó la incapacidad económica, en el sentido de que la madre del menor es empleada y el padre está en capacidad de trabajar.

134. Además, la Sala considera que la viabilidad y necesidad del servicio de “acompañamiento psicológico en ambiente natural” exige la escolaridad del menor, pues, según jurisprudencia reciente de esta Corte, las sombras terapéuticas son una modalidad de ajuste razonable y, en esa medida, al contribuir directamente con la garantía de la educación inclusiva, es un servicio que debe asumir el sector de educación[166]. La Sala recuerda que las instituciones educativas tienen la obligación de matricular a los menores y con ello, garantizar el derecho fundamental a la educación, sin embargo, éste depende de que los padres acudan a dichas instituciones.

135. Al respecto, se debe reiterar que el menor no está escolarizado, lo cual quedó comprobado, en sede de revisión, en las afirmaciones de su abuela y en la falta de registro del menor en el SIMAT, conforme a lo manifestado por la Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor Bogotá –ver supra numerales 34 y 41–. Dicha situación pone en evidencia que los acudientes de ASP han desconocido el deber de corresponsabilidad.

136. Cuando la Sala se refiere al principio de corresponsabilidad, como se mencionó en detalle en el fundamento jurídico 115 de esta sentencia, es importante precisar que este es un deber general en los términos del artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que exige la “conurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”[167]. Dicho deber, también se contempla expresamente frente al derecho fundamental a la educación, pues el

artículo 67 de la Constitución dispone que “[e]l Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación”. Sobre esto, la sentencia SU-043 de 1995 estableció que la familia y la sociedad tienen una obligación genérica de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”[168], y también esta Corte ha precisado que la intervención del Estado en el núcleo familiar es marginal y subsidiaria[169]. En esta medida, es claro que la primera obligada, frente a los derechos de los niños, es la familia, como núcleo esencial de la sociedad.

137. En este orden de ideas, tanto la abuela como la madre del menor de edad ASP han incumplido las recomendaciones del médico tratante –dirigidas a vincular al menor de edad a una institución educativa– y, en esa medida, al no asumir la carga mínima de escolarizar al niño, no es procedente, en sede de tutela, suplir estas omisiones en el cumplimiento del deber de corresponsabilidad parental. Así las cosas, y teniendo en cuenta que las terapias sombra son una modalidad de ajuste razonable que repercuten en la materialización de la educación inclusiva, y que además, su necesidad dependerá del PIAR, no es posible, en el caso de ASP, satisfacer vía tutela la pretensión incoada; principalmente, porque sin escolarización el juez carece de medios para ordenar a la institución educativa o a la respectiva secretaria de educación, la ejecución e implementación de la terapia ordenada; teniendo en cuenta además que no existe institución educativa, dependencia o entidad responsable por la educación, a la que se le pueda imputar la vulneración.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

138. De conformidad con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta providencia, correspondió a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la EPS accionada vulneró los derechos de TDMM y ASP, dos menores de edad con trastornos del espectro autista, al negar la autorización de un servicio expresamente excluido de la financiación con los recursos del sector salud (“acompañamiento terapéutico en ambiente natural”).

139. De manera preliminar, la Sala reiteró que las vinculaciones en sede de revisión son excepcionales y con ello, desestimó la pretensión de vincular la IPS Horizontes ABA Terapia Integral. Además, explicó que en los eventos en los que existen circunstancias fácticas adicionales y posteriores, susceptible de alterar el pronunciamiento formal y material del juez constitucional, no existe actuación temeraria.

140. En el caso del niño TDMM estableció que se configuró la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, pues existió una variación en los hechos que dieron origen a la presentación de la presente acción de tutela, y se superó la situación por hechos no imputables a la entidad accionada, por lo que desapareció la vulneración alegada y, como resultado, se agotó el objeto de la acción de tutela presentada.

141. En relación con el derecho a la salud, la Sala reiteró que se trata de un derecho fundamental y autónomo. Además, repitió que con motivo de la promulgación de la Ley 1751 de 2015, en el PBS todo se entiende incluido, salvo lo que se excluye expresamente. De ahí que el juez constitucional deberá, como primera medida, respetar la obligatoriedad de las exclusiones expresas que resultan del procedimiento técnico científico adelantado por el Ministerio de Salud. Con respecto al “acompañamiento terapéutico en ambiente natural”, estableció que, como consecuencia de la falta de evidencia científica que lo soporte, se encuentra expresamente excluido en la Resolución 5267 de 2017.

142. En lo que atañe al derecho fundamental a la educación, explicó que el artículo 67 de la Constitución establece que tanto el Estado, como la sociedad y la familia, son responsables de la educación. Así las cosas, al ser la educación un derecho deber, su garantía se supedita al cumplimiento de unas cargas mínimas en cabeza de la familia como, por ejemplo, la de matricular a los niños en alguna institución educativa. Esto también tiene su fuente en el artículo 10 de la Ley 1098 de 2006 que consagró el deber de corresponsabilidad. En esa medida, sin escolarización no hay medios para garantizar la educación inclusiva –en los términos de Ley 1618 de 2013 y el Decreto 1421 de 2017–, pues los ajustes razonables y la implementación y seguimiento de medidas como el PIAR requieren, necesariamente, una institución educativa. Adicionalmente, reiteró que los acompañamientos terapéuticos en aula, como ajuste razonable, son servicios educativos, y por ello, deben ser asumidos por el sector de educación. Para la Sala, tanto la madre como la abuela de ASP desatendieron la corresponsabilidad en la protección de los derechos del niño, al incumplir una obligación básica de escolarizarlo y, en esa medida, resulta imposible acceder a las pretensiones formuladas en la demanda de amparo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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.- REVOCAR la sentencia del 10 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela instaurada por las señoras EZMB, en representación del niño TDMM, y AMMV, agente oficioso del menor de edad ASP, contra Sanitas EPS, y en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por situación sobreviniente en el caso del menor de edad TDMM, y NEGAR la protección al derecho fundamental a la atención en integral en salud del menor de edad ASP, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos en él contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Reglamento de la Corte Constitucional, “En la publicación de sus providencias, las Salas de la Corte o el magistrado sustanciador, en su caso, podrán disponer que se omitan nombres o circunstancias que identifiquen las partes”. Teniendo en cuenta lo anterior, la presente decisión se toma en consideración a que en los hechos del caso se hacen referencias directas a asuntos sensibles desde el punto de vista del derecho a la igualdad, por lo que esta Sala considera que siguiendo precedentes de esta Corte, para la confidencialidad de los accionantes y con el fin de evitar estigmatización, se abstendrá de incluir en la providencia, datos e información que conduzca a la identificación de los menores.

[2] Ver folio 15 del cuaderno de instancia (Registro Civil de Nacimiento).

[3] Ver folio 41 del cuaderno de instancia.

[4] Ver folios 17 y 18 del cuaderno de instancia.

[5] Ver folio 16 del cuaderno de instancia.

[6] Ver folio 18 del cuaderno de instancia.

[7] Ver folios 20 – 26 del cuaderno de instancia.

[8] Ver folio 28 del cuaderno de instancia.

[9] Ver folio 41 del cuaderno de instancia.

[10] Ver folio 35 del cuaderno de instancia.

[11] Ver folios 32 y 33 del cuaderno de instancia.

[12] Ver folios 31 y 33 del cuaderno de instancia.

[13] Ver folio 36 del cuaderno de instancia.

[14] Ver folio 38 del cuaderno de instancia.

[15] Contestación firmada por Paola Andrea Rengifo Bobadilla, representante legal para asuntos en salud y tutelas.

[16] Ver folios 48 – 53 del cuaderno de instancia.

[17] Ver folio 41 del cuaderno de instancia.

[18] Resalta la Sala que se han autorizado múltiples servicios. En el caso de TDMM, consultas en diferentes especialistas (Ortopedia, Neurocirugía pediátrica, Medicina Física y Rehabilitación, psicología), exámenes médicos (tomografía computada cráneo simple, evaluación de la función osteomuscular, tomografía computada en reconstrucción tridimensional), rehabilitación funcional de la deficiencia, fonoaudiología y el paquete de rehabilitación integral para niños. En el caso de ASP, han sido autorizadas consultas en diferentes especialistas (Neumología pediátrica, Alergología, Medicina Física y Rehabilitación), exámenes médicos (hemograma IV automatizado), estancia hospitalaria, rehabilitación funcional de la deficiencia, fonoaudiología y el paquete de rehabilitación integral para niños. Ver folio 42 del cuaderno de primera instancia

[19] Ver folio 42 del cuaderno de instancia.

[20] Ver folio 42 del cuaderno de instancia.

[21] Ver folio 42 del cuaderno de instancia.

[22] Ver folios 61-65 del cuaderno de instancia.

[23] Según consta en cuaderno de Revisión, folios 2-26.

[24] Ver folios 42-89 del cuaderno de revisión.

[25] Constancia de matrícula expedida por la IE Colegio Villemar El Carmen, con fecha 09-05-2019. Ver folio 48 del cuaderno de revisión.

[26] Ver folio 75 del Cuaderno de Revisión.

[27] En sentencia del 24 de abril de 2019, el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá amparó los derechos invocados, Para el efecto, ordenó: “Primero: Tutelar los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social, invocados por la señora [EZMB], a favor del menor (...). Segundo: Ordenar al Representante Legal y/o quien haga sus veces de EPS Sanitas, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del

fallo, proceda a autorizar y practicar, Terapia por Psicología Tipo ABA al menor[TDMM], a través del prestador Horizontes ABA, en sesiones de 4 horas al día, de lunes a viernes, según lo prescrito por la Junta Médica de Clínica Campo Abierto del 21 de marzo de 2019. Tercero: Negar la prestación de tratamiento integral conforme a lo expuesto” (subrayados fuera del texto original). Para el efecto, la sentencia sostuvo que: “los servicios que están siendo prestados al menor son los prescritos de manera temporal por la junta médica del 21 de marzo de 2019 y no el manejo recomendado por el protocolo clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con trastornos del espectro autista” (folio, 82). De este modo, la ratio de la decisión fue que “la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez (...) de tutela, ya que no es posible dictar órdenes indeterminables ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas”.

[28] Ver folios 90-95 del Cuaderno de Revisión.

[29] Al respecto, la agente oficiosa aporta un registro civil de matrimonio, en que consta que contrajo matrimonio con el señor ATS (folio 81 del cuaderno de revisión); y copia del certificado de cremación del señor Talero, en el que se señala que ello ocurrió el día 18 de julio de 2018 en la ciudad de Bogotá, D.C. (ver folio 82 del expediente).

[30] Suscrito por Luis Gustavo Fierro Maya, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica. Ver folios 106- 113 del Cuaderno de Revisión.

[31] Ver folio 109 del Cuaderno de Revisión.

[32]Ibid.

[33] Ley 115 de 1994.

[34] Ver folios 110 del Cuaderno de Revisión.

[35] Suscrito por Jenny Adriana Breton Vargas, Jefe Oficina Asesora Jurídica. Ver folios 96-105 del Cuaderno de Revisión.

[36] “Por el cual se determinan los objetivos, la estructura, y las funciones de la Secretaría de Educación del Distrito, y se dictan otras disposiciones”.

[37] “Por el cual se modifica la estructura organizacional de la Secretaría de Educación del Distrito y se dictan otras disposiciones”.

[38] Ver folio 97 del Cuaderno de Revisión.

[39] Ver folio 98 del Cuaderno de Revisión.

[40] Ibid.

[41] Ver folio 99 del Cuaderno de Revisión

[43] Ver, entre otras, las sentencias T-184 de 2005, SU-713 de 2006, T-410 de 2010, T-502 de 2008, T-410 de 2010, T-147 y T-648 de 2016, T-162 y T-219 de 2018.

[44] Ver, entre otras, las sentencias T-162 de 2018 y SU-168 de 2017.

[45] Ver folio 1 del cuaderno de instancia.

[46] Ver, Autos 019 de 1997, 234 de 2006 y 065 de 2010, y Sentencia SU-116 de 2018.

[47] Auto N° 287 de 2001. De igual manera, ver auto 065 de 2010, reiterado por auto 181A de 2016.

[48] Ver, entre otros, auto 536 de 2015 y auto 181A de 2016.

[49] Ver auto 536 de 2015.

[50] “Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991.

[51] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”.

[52] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[53] Ver sentencia T-162 de 1997.

[54] Ver auto 287 de 2010.

[55] Sobre esto, la Corte Constitucional ha dicho que la vinculación en tutela debe aplicarse cuando “lo que se discute es la protección de derechos fundamentales de personas merecedoras de protección constitucional preferente” (auto 073A de 2005).

[56] El auto 288 de 2009 determinó en relación con la excepcionalidad “que respondan a la necesidad o exigencia ineludible de evitar la dilación del trámite tutelar, lo que tiene ocurrencia, entre otras circunstancias cuando se encuentra en juego la protección de derechos como la vida, la salud o la integridad física, o cuando están involucrados personas que son objeto de especial protección constitucional o personas en debilidad manifiesta, como la mujer cabeza de familia, los menores o las personas de edad avanzada, la Corte ha procedido a tramitar de manera directa el incidente de nulidad, con la integración directa del contradictorio con la parte o con el tercero que tenga interés legítimo en el asunto.”

[57] Ver auto 536 de 2015.

[58] Ver autos 182 de 2009 y 065 de 2010.

[59] Ver auto 536 de 2015.

[60] Ver auto 181A de 2016.

[61] Ley 100 de 1993, artículos 177 y 178.

[62] Ver, entre otras sentencias, T-022 de 2017, T-533 de 2016, T-030 de 2015, T - 097 de 2014, T - 177 de 2011, y C-543 de 1992.

[63] Ver, por ejemplo, las sentencias T-250 de 2017, T-406 de 2017, T-421 de 2017, T-020 de 2016. En la sentencia T-020 de 2016 la corte manifestó “Desde sus inicios esta Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano”.

[64] Ver sentencia T-03 de 1992.

[65] En la sentencia SU -377 de 2014 se establecieron algunas reglas en relación con la legitimación por parte activa, para lo cual precisó, en términos generales, que (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “por sí misma o por quien actúe a su nombre”; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.

[66] Ver folio 15 del cuaderno de instancia.

[67] Ver sentencia T-044 de 1996.

[68] Ver sentencia T-218 de 2017.

[70] Ver folio 30 del cuaderno de instancia

[71] En Sentencia T-708 de 2012, se señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 CP, “el requisito de legitimidad cuando se trata proteger sus derechos fundamentales, puede recaer en cualquier persona”.

[72] En Sentencia C-134 de 1994, la Corte señaló que “la acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público - como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior- o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material - con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial”.

[73] Ley 100 de 1993, artículo 179 y Ley 1122 de 2007.

[74] Ver, entre otras, las sentencias T-260 de 2018 y T-061 de 2019.

[75] Ver sentencia C-543 de 1992.

[76] Ver sentencia SU-961 de 1999.

[77] Ver, entre otras, las sentencias T-01 de 1992, T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015 y T-317 de 2015.

[78] Ver sentencia T-040 de 2016.

[79] En sentido similar ver las sentencias T-225 de 1993, C-531 de 1993 y SU-124 de 2018.

[80] Ver sentencia T-069 de 2018.

[81] Ver sentencia SU-124 de 2018.

[82] Ley 1122 de 2007, artículo 41 y Ley 1438 de 2011, artículos 126 y 127.

[83] En este orden de ideas, las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales, de acuerdo con las competencias asignadas por numeral 1º del Decreto 2462 de 2013, tendrán veinte días para desatar el recurso de apelación presentado contra las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Salud en las controversias comprendidas dentro de los supuestos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

[84] Ver sentencia C-119 de 2008 y SU-124 de 2018.

[85] Artículo 4, Ley 1122 de 2017.

[86] Sentencia SU-124 de 2018. Esta misma sentencia precisó que “la procedencia de la acción de tutela (...), de ninguna manera implica que la Superintendencia Nacional de Salud sea relevada del ejercicio de sus competencias administrativas y jurisdiccionales en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por el contrario, la Sala insiste en la necesidad de que esa autoridad ejerza sus funciones jurisdiccionales con la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos que someten a su conocimiento las actuaciones de las entidades prestadoras de salud que comprometen la prestación eficiente y continua del servicio médico. De acuerdo con lo expuesto, en ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales, la Superintendencia tiene el deber de imponer las sanciones y proferir las órdenes que permitan superar la afectación al sistema

de salud y la afectación de los derechos fundamentales de los usuarios”.

[87] Sentencia SU-124 de 2018.

[88] Ver, entre otras, las sentencias: T-188 de 2013, T-450 de 2016, T-036 de 2017, T-069 de 2018.

[89] Sentencia SU-124 de 2018.

[90] En los casos donde ha procedido como mecanismo transitorio, la Corte Constitucional ha ordenado a los accionantes acudir a la Superintendencia Nacional en Salud en un término de cuatro meses. Ver las sentencias: T-2018 de 2018 y T-403 de 2017.

[91] Sentencia SU-124 de 2018.

[92] Existen pronunciamientos de esta Corporación que indican que en casos en los que se encuentra en duda la protección de los derechos fundamentales de menores de edad, carece de eficacia el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia. Sobre la flexibilización, en relación con la instancia de la referida autoridad administrativa, como requisito para la procedencia de la acción de tutela, ver, entre otras, las sentencias T-805 de 2012, T T-111 de 2016 y -445 de 2018.

[93] Ver numeral 38, anexo técnico de la Resolución 5267 de 2017.

[94] La norma citada, dispone que: “e) Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” (resaltados y negrillas fuera de texto).

[95] “Artículo 26. Cesación de la actuación impugnada. Si estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes (...) El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente”. (Resaltado por fuera del texto original).

[96] Ver sentencias, entre otras, SU-540 de 2007, T-107 de 2018 y T-060 de 2019.

[97] Ver Sentencia T-107 de 2018.

[98] Ver sentencia SU-225 de 2013.

[99] Ver sentencia T-213 de 2018.

[100] Ver sentencia SU-256 de 1996.

[101] Cfr. sentencia T-213 de 2018, ya citada.

[102] Ver sentencia T-060 de 2019.

[103] Ver sentencia T-180 de 2019- Sobre el punto en particular precisó que “cuando el accionante fallece en el trámite de la acción de tutela, el juez de amparo constitucional, según las circunstancias del caso en concreto, puede pronunciarse de diferentes maneras. [Una de ellas], en aplicación del artículo 68 del Código General del Proceso, se presenta el fenómeno de la sucesión procesal, conforme al cual: “Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador (...)”. Precisamente, en la Sentencia SU-540 de 2007, y atendiendo a las circunstancias del asunto bajo examen, se estableció que “[e]n algunos casos la Corte ha encontrado que la vulneración a los derechos constitucionales fundamentales de una persona fallecida pueden ser amparados por vía de tutela, porque la vulneración alegada sigue produciendo efectos en la familia o en los herederos del difunto”. En este mismo sentido, la sentencia T-437 de 2000 se pronunció de fondo, por cuanto la vulneración alegada se proyecta o seguía produciendo efectos en los sucesores del causante” (negritas fuera del texto original).

[104] La sentencia T-069 de 2019 declaró la carencia actual de objeto por situación sobreviniente respecto de uno de los accionantes al evidenciar que, por situaciones ajenas a la voluntad de la entidad accionada, cesó la vulneración alegada de los derechos. Concretamente una orden judicial que ordenó poner en libertad a un recluso que alegaba la vulneración de sus derechos fundamentales al interior de un establecimiento carcelario.

[105] Ver sentencia T-107 de 2018.

[106] Los derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) también han sido reconocidos por un sector de la doctrina como derechos de segunda generación. La sentencia C-257 de 1996 los definió como: “Los derechos humanos incorporan la noción de que es deber de las autoridades asegurar, mediante prestaciones públicas, un mínimo de condiciones sociales materiales a todas las personas, idea de la cual surgen los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales”.

[107] Constitución Política de Colombia, artículo 49: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.

[108] Los derechos fundamentales se encuentran contemplados en los artículos 11-41 de la Constitución.

[109] Al respecto ver, entre otras, Sentencia T-406 de 1992. En esta sentencia, la Corte se refirió a la teoría de la conexidad, según la cual, a pesar de que un derecho no se encuentre expresamente consagrado como fundamental en el Texto Superior, se hacía procedente su protección vía tutela, siempre que en cada caso en específico se evidenciara su conexión con un derecho fundamental.

[110] Ver, entre otras, las sentencias T-406 y 571 de 1992; T-237 de 1993; T-926 de 1999, T-760 de 2008, T-736 de 2004 y T-067 de 2005

[111] Ver Sentencia T-395 de 1998.

[112] Ver sentencia T-585 de 2008.

[113] Ver, entre otras, sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

En concreto, la sentencia hito T-760 de 2008 esclareció varias de las garantías integrales del derecho a la salud como, por ejemplo, el acceso efectivo a los servicios que requiera el paciente, precisando que la diferencia entre contribuyente y beneficiarios por solidaridad del Sistema de Salud debía ser de ser temporal, pues no es posible “aceptar indefinidamente que a las personas que menos recursos tienen en la sociedad sólo se les garantice el acceso a algunos de los servicios de salud que se consideran básicos”. En estos

términos, los servicios que se requieran son los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad”. También, al abordar el concepto de requerir, en el fundamento normativo 4.4.5. de la sentencia T-760 de 2008, estableció que se debía analizar la capacidad económica del solicitante, avalar si la incapacidad económica es transitoria o permanente, también, estableció el deber de solidaridad y de asumir cargas soportables. Con estos cambios, de la mano con los principios de solidaridad e integralidad en el servicio de salud, la necesidad de mitigar las diferencias entre el régimen contributivo y subsidiado, y en aras de garantizar la salud, como derecho fundamental conexo a la dignidad humana, se crearon la transición al Plan Básico de Salud, bajo el que todo se entiende incluido salvo lo que está expresamente excluido.

[115] Ello, sin perjuicio del principio constitucional de interés superior que asiste a los menores de edad, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.

[116] Ley 1751 de 2015, artículos 1 y 2.

[118] Ley 1751 de 2015, artículo 15.

[119] Ley 1751 de 2015, artículo 8. “La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (...) En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”. Conc. Ley 1751 de 2015, artículo 15. Al respecto, en Sentencia C-313 de 2014, cuando la Corte estudió el concepto de integralidad previsto en el artículo 8, esta Corporación precisó que “(...) se advierte que en este precepto se presenta, al igual que en otros ya revisados, la restricción de entender que el acceso se contrae a los “servicios y tecnologías”, con lo cual y, acorde con la lectura amplia hecha para la misma situación en otros mandatos del proyecto, el acceso se extiende a las facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de

salud.”

[120] *Ibídem.*

[121] *Ibídem*, artículo 15.

[122] En adelante “Ministerio” o “MSPS”.

[123] Mediante la resolución Nro. 330 de 2017, el Ministerio determinó las 4 etapas a agotar al interior de este procedimiento, consistentes en: 1. Fase de nominación y priorización. 2. Fase de análisis técnico-científico. 3. Fase de consulta a pacientes potencialmente afectados. 4. Fase de adopción y publicación de las decisiones. En el desarrollo de este procedimiento, los diferentes actores del SGSSS presentaron un listado de 75 servicios y tecnologías para ser excluidos de la financiación de los recursos públicos destinados a la salud, el cual fue publicado en la página web del MSPS para efectos de que los interesados presentaran sus objeciones o aportes al mismo, las cuales constituyeron un elemento clave para el desarrollo de las etapas subsiguientes. Así mismo, los 75 servicios y tecnologías nominados para su potencial exclusión fueron remitidos al Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud para efectos de desarrollar un estudio técnico sobre cada nominación, y se conformó un grupo de análisis técnico-científico, con el objetivo de que tanto expertos independientes como las asociaciones de profesionales de la salud, emitieran su concepto frente a los servicios y tecnologías nominados.

[124] A pesar de que la Ley Estatutaria fue expedida el 16 de febrero de 2015, su artículo 15 otorgó al Ministerio un plazo de 2 años para implementar el listado de exclusiones.

[125] Para el año 2019, la resolución vigente, en cuanto a la actualización del Plan de Beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, es la Resolución 5857 de 2018, y el listado de servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos públicos destinados a la salud, se encuentra regulado en la Resolución 244 de 2019.

[126] Al respecto, esta Corte consideró, en Sentencia C - 313 de 2014, que “la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción (...)”. Dicha afirmación, fue refrendada por la Sala de Seguimiento de la

Sentencia T - 760, en el auto 410 de 2016, en el cual, en el marco de valoración del nivel de acatamiento de las órdenes décimo séptima y décimo octava de la Sentencia T - 760 de 2008, al hacer referencia al contenido del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, previo a analizar el proceso de actualización del Plan de Beneficios contenido en la Resolución 5592 de 2015, determinó que “este nuevo esquema resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción”. Posteriormente, la Sala Especial de Seguimiento en el auto 410 de 2016, evaluando el procedimiento técnico científico que soportó la resolución 5592 de 2015, determinó que el “nuevo esquema es congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción”.

[127] Al efectuar la valoración del nivel de cumplimiento de las ordenes décimo séptima y décimo octava de dicha providencia, en el marco de la implementación del sistema de exclusiones taxativas contenido en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015. La orden décima séptima estableció, entre otras, la obligación de establecer qué servicios se encuentran excluidos de los planes de beneficios. Ver Sentencia T - 760 de 2008, orden 17.

[128] Artículos 44 y 49 de la Constitución Política y artículos 1 y 2 de la Ley 1751 de 2015.

[129] Al respecto, se dijo en Sentencia C - 313 de 2014, al referirse a las exclusiones del artículo 15, que “Entiende la Corte que se trata de una restricción al derecho fundamental a la salud, pues expresamente se advierte que uno de los bienes destinados al servicio de salud, no se empleará para sufragar determinadas tecnologías, con lo cual se estipula una limitación en el acceso (...) Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los

servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas. (...)”

[130] Conforme al auto 410 de 2016, la claridad y especificidad anteriores – con respecto a la resolución 5592 de 2015 – tiene un nivel de cumplimiento bajo. Lo anterior, responde a que la resolución antedicha, según la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, contiene “un listado general y abstracto (...), [que] termina por generar ambigüedad, (...) [y además] queda en manos del prestador determinar qué medicamentos, tratamientos y procedimientos efectivamente están excluidos o suprimidos del plan de beneficios, situación que va en detrimento del derecho a la salud de toda la población colombiana”. Tal resolución no es la aplicable al caso concreto, pues no estaba vigente en el momento en que se solicitó la prestación de los servicios de salud, sin embargo, la Sala cita textualmente las conclusiones adoptadas por la Sala Especial de Seguimiento, en tanto recoge unos presupuestos que las resoluciones de exclusión deben cumplir en aras de mejorar el nivel de cumplimiento.

[131] Es el producto de un procedimiento técnico-científico, público, transparente, y participativo. Además, se trató de un proceso en el que se presentó la intervención de 66 expertos representantes de 28 asociaciones de profesionales del área de la salud, quienes emitieron conceptos frente a cada una de las tecnologías propuestas para su exclusión por parte de los diferentes actores del SGSSS. Ver, además, Ver auto 410 de 2016, que dispone que: “En esta medida este nuevo esquema resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Es así como la Corte ha entendido que si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas”.

[132] Ministerio de Salud y Protección Social, ABECÉ sobre TEA y terapias ABA, pág. 2. Disponible en internet desde:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/abc-terapias-aba.pdf>

[133] Ministerio de Salud y Protección Social, Boletín de Prensa No 035 de 2017. Disponible

en internet desde:
<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/MinSalud-nomina-10-tecnologias-y-servicios-a-la-lista-de-exclusiones.aspx>

[134] La sentencia T-170 de 2019, al citar las intervenciones de las partes e interesados, rescató que el Ministerio de Salud y Protección Social precisó que el término correcto era “terapia sombra” y no “tutor sombra”.

[135] Ministerio de Salud y Protección Social, y IETS (2015), Protocolo clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con Trastornos del Espectro Autista. Disponible en internet desde:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Protocolo-TEA-final.pdf>

[136]Ibídem, p 71.

[137] Ibídem, p 28.

[138] Otras sentencias de esta Corporación, como por ejemplo, las sentencias T-495 de 2012, T-567 de 2013, T-170 de 2019, han reconocido que, en efecto, el acompañamiento terapéutico en ambiente natural es un tipo de terapia sombra.

[139] Ministerio de Salud y Protección Social, y IETS (2015), Protocolo clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con Trastornos del Espectro Autista, pág.62, 65 y v 67.

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

[141] Ver, entre otras, las sentencias C-376 de 2010, T-324 de 1994, T-787 de 2006, T- 329 de 2010, T-779 de 2011, T-058 de 2019.

[142] Ver, entre otras, las sentencias T-167 de 2019, T-434 de 2018, T-105 de 2017.

[143] Ver la sentencia C-376 de 2010.

[144] De este modo se ha interpretado el inciso tercero del artículo 67 de la Constitución. Sobre esta misma interpretación, ver, por ejemplo, las sentencias T-263 de 2007, T-805 de 2007, T-306 de 2011 y T-170 de 2019.

[145] Decreto 1421 de 2017, considerandos y artículos 2.3.3.5.2.1.3. y 2.3.3.5.2.3.4.

[146] Ver, entre otras, las sentencias T-466 de 2016 y T-170 de 2019.

[147] Las definiciones de estas características se encuentran recogidas en la jurisprudencia constitucional. Al respecto, la sentencia T-058 de 2019 las definió de la siguiente manera:

(i) Aceptabilidad. Este componente se refiere a que los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables para los estudiantes, principalmente, en términos de calidad de la educación que debe impartirse; (ii) Adaptabilidad. El sistema educativo debe adoptarse a las necesidades específicas de los estudiantes y sus comunidades para asegurar su permanencia. Debe ser flexible para adaptarse a necesidades de comunidades y responder a las necesidades de los alumnos en contextos variados con miras a garantizar la continuidad en la prestación del servicio educativo; (iii) Disponibilidad del servicio o asequibilidad. Se trata de garantizar la cantidad suficiente de instituciones educativas para quienes demandan el servicio, así como programas de enseñanza y demás condiciones que necesiten los centros educativos; y (iv) Accesibilidad. La accesibilidad consta de tres dimensiones (i) no discriminación –es decir, que la educación sea accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables, sin discriminación (ii) accesibilidad material y (iii) accesibilidad económica. Particular énfasis merece la accesibilidad material entendida como el acceso a la educación en una distancia geográfica razonable.

[148] Ver sentencia T-170 de 2019.

[149] Ver sentencia T-899 de 2010.

[150] Ver sentencia T-058 de 2019.

[152] Sentencia T-058 de 2019.

[153] La sentencia T-051 de 2011 definió educación inclusiva como aquella que “persigue que todos los niños y niñas, independientemente de sus necesidades educativas, puedan estudiar y aprender juntos (...) [buscando que] la enseñanza se adapte a los estudiantes y no estos a la enseñanza”. La definición legal de educación inclusiva se encuentra en el numeral 7 del artículo 2.3.3.5.1.4 Decreto 1421 de 2017.

[154] Sentencia T-058 de 2019.

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

[156] Sentencia C-765 de 2012.

[157] Decreto 1421 de 2011, numeral 4 del artículo 2.3.3.5.1.4.

[158] Sobre la asignación de funciones, ver, entre otras, las sentencias T-170 de 2019 y C-149 de 2019.

[159] Sentencia C-149 de 2018.

[160] En relación con el tipo de docentes, el artículo 2.4.6.3.3. del Decreto 1075 de 2015, modificado por el artículo 9 del Decreto 2105 de 2017, establece tres tipos: (i) docentes de aula, cuya asignación académica es armónica al plan de estudios adoptado por el Consejo Directivo del establecimiento educativo; (ii) docentes orientadores, que se encargan de definir planes o proyectos pedagógicos que contribuyan a resolver conflictos, generar consciencia, apoyar a estudiantes con problemas de aprendizaje, y realizar diagnóstico y seguimiento; y (iii) los docentes de apoyo pedagógico, cuya función principal es “acompañar pedagógicamente a los docentes de aula que atienden estudiantes con discapacidad”.

[161] Sentencia T-170 de 2019, citando el Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal c.

[162] Sentencia T- 567 de 2013, reiterado por sentencia T-170 de 2019.

[163] Resolución 244 de 2019, anexo técnico, numerales 16 y 49.

[164] Precisó que el tratamiento era fundamental para la escolarización exitosa del menor y

que, en esa medida, los seis meses de la orden del médico tratante permitían contribuir al desarrollo del tratamiento integral.

[165] Ahora bien, en el evento en el que la orden médica se encontrase vigente, que no es el caso, ésta no es suficiente para inaplicar la exclusión expresa de las sombras terapéuticas contenida en la Resolución 5269 del 2017. Lo anterior, por cuanto no se acreditó la amenaza a la vida o integridad del paciente, ni la incapacidad económica. Tampoco se probó que no existe dentro del PBS otro tratamiento que supla al expresamente excluido con el mismo nivel de efectividad según el cuadro clínico del ASP, por lo cual, es posible concluir que en el caso de ASP, la ausencia del servicio de terapia sombra no repercute en el goce del derecho a la salud del menor.

[166] Sentencia T- 567 de 2013, reiterado por sentencia T-170 de 2019.

[167] Sentencia C-569 de 2016.

[168] Sentencia T-316 de 2017, refiriéndose a la sentencia SU-043 de 1995.

[169] Ver, entre otras, las sentencias SU-225 de 1998 y T-887 de 2009.