

Sentencia T-495/12

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE NIÑOS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Caso de niño que presenta trastorno de espectro autista

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA-Contenido

DERECHO A LA SALUD Y A LA EDUCACION DE NIÑOS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Garantías que protegen de forma independiente su desarrollo integral

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Concepto de integralidad en el servicio de salud

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los niños y niñas que tienen discapacidad/SECRETARIA DE EDUCACION-Debe garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva

El argumento de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en cuanto a que el servicio solicitado por el actor hace parte del derecho a la educación, y que por tanto, es competencia de la EPS prestarlo, no es de recibo, pues la Sala encuentra que la pretensión de que el niño sea acompañado permanentemente en su aula regular de estudio por un profesional especializado en el manejo de niños autistas, es un servicio educativo a cargo del sistema público educativo del Estado, que para el caso que nos ocupa, es la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C. Lo anterior, de conformidad con la normativa citada en la parte motiva de esta providencia. Hecha esta precisión, cabe resaltar que en temas como el que aquí se estudia, en los que algunos servicios solicitados por personas en situación de discapacidad, no son prestados ni por las Secretarías de Educación ni por las EPSs, debido a que consideran no tener competencia para ello, la Sala advierte que existe una relación muy cercana entre los derechos a la salud y a la educación, así como una corresponsabilidad entre dos entidades que prestan servicios públicos diferentes, por lo que cada una debe prestar el servicio que le corresponda, es decir, la EPS debe prestar el servicio de salud de forma integral, en orden a mejorar la calidad de vida de la persona en situación de discapacidad, y por su parte, la Secretaría de Educación, en este caso la de Bogotá D.C.,

debe garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva del interesado

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Orden a la Secretaría de Educación que designe el personal de apoyo pedagógico necesario para que acompañen en proceso educativo al menor

La Corte avizora que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no ha cumplido con los mandatos de éstas y otras disposiciones que exigen que se garantice a todos los niños en situación de discapacidad, el acceso a una educación de calidad, de cara a las necesidades propias de su particular situación, por lo que considera que el ente accionado se encuentra en deuda de garantizar al menor, el goce efectivo del derecho a la educación inclusiva.

Ahora bien, dado que es la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C. quien debe garantizar el derecho a la educación inclusiva del niño, ésta tiene la obligación de asignar el personal de apoyo pedagógico a los establecimientos educativos de acuerdo a la condición que presenten los estudiantes matriculados, conforme a lo establecido en el Decreto 366 de 2009, medida que amparará no sólo los derechos del menor, sino el de todos los niños que se encuentren en su misma condición. Así mismo, la Sala advierte que, en caso de que en el Colegio exista personal de apoyo pedagógico, le corresponde a éste, dedicarse exclusivamente al cumplimiento de las funciones que se establecen en el Decreto 366 de 2009

Acción de Tutela instaurada por José de Jesús Bautista Marentes en representación de su hijo menor de edad, Nicolás Santiago Bautista Cantor, en contra de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los

Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido el veinticuatro (24) de enero 2012, por el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, quien no tuteló los derechos fundamentales invocados por el señor José de Jesús Bautista Marentes, representante del menor de edad Nicolás Santiago Bautista Cantor, contra la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El peticionario José de Jesús Bautista Marentes, padre del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor, interpuso acción de tutela por considerar vulnerado el derecho fundamental de su hijo a la educación, presuntamente vulnerado por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., según los hechos que a continuación son resumidos:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. El señor José de Jesús Bautista Marentes, instauró acción de tutela en contra de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por considerar que está vulnerando los derechos fundamentales de su hijo, menor de edad, a la educación y a la vida en condiciones dignas, al negarse a designar un profesor especializado que acompañe al niño dentro del aula regular de estudio, teniendo en cuenta su situación de discapacidad.

1. El actor sostiene que su hijo tiene “trastorno de espectro autista” relacionado con “una meningitis bacteriana” que se le diagnosticó a los tres meses de edad. En relación con los servicios médicos que se le han suministrado al niño, cuenta que ha accedido a los siguientes: “terapias físicas, ocupacionales, y de lenguaje, psiquiatría, dermatología, talleres de educación para personas con discapacidad, neuropediátria, equinoterapia, hidroterapia, y genética”¹.

1. Con respecto al proceso educativo de Nicolás Santiago, refiere que el nivel preescolar lo cursó en el jardín infantil Crayolitas Creativas, en donde se evidenció que tenía muchas capacidades a nivel cognitivo pero serias dificultades de comportamiento. Posteriormente, debido a la falta de recursos económicos, los progenitores del niño lo inscribieron en el sistema de educación pública, Institución Educativa Distrital Carlos Arturo Torres, jornada diurna. En dicha institución, el equipo de apoyo lo evaluó y consideró que lo mejor para el desarrollo de Nicolás Santiago era su integración a un aula regular de estudio. Indica que durante el transcurso del año lectivo su nivel académico fue destacado, no así su comportamiento.

1. Por lo anterior, el accionante radicó un derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Bogotá, a través del cual solicitó acompañamiento individual permanente para su hijo, en razón a que tiene una discapacidad que le dificulta el manejo de sus emociones, y también le impide medir las consecuencias de sus actos. Frente a este requerimiento el funcionario competente le respondió que “...el sistema de seguridad social en salud debe suministrar la atención técnica y profesional que permita la rehabilitación funcional de la persona en comunidad, razón por la cual, le sugiero solicitarle a su régimen de salud, dar cumplimiento a lo estipulado en la ley; debido a que la SED no contempla esta clase de atención querida por su solicitud...”

1. Para el actor, la entidad accionada desconoce los lineamientos trazados por la Corte Constitucional sobre el reconocimiento del derecho fundamental a la educación inclusiva. En consecuencia, pide que la Secretaría de Educación de Bogotá cumpla con sus obligaciones para realizar este derecho y lo más importante, garantice la permanencia del menor de edad en el sistema educativo público, haciendo los ajustes razonables para lograr su inclusión real.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá corrió traslado de la misma al ente accionado, a fin de que ejerciera los derechos de defensa y contradicción.

La Secretaría de Educación Distrital contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones elevadas por el actor. Así las cosas, adujo que la entidad que representa garantiza los derechos de los niños en situación de discapacidad, pues les ha brindado atención según sus capacidades cognitivas, mediante el fomento de programas orientados a la integración académica y social de los educandos; así mismo, adujo no contar con profesionales expertos en rehabilitación que puedan satisfacer las necesidades del accionante.

Adicionalmente indicó, que la Secretaría de Educación por competencia funcional no realiza procesos de rehabilitación o terapéuticos, sino procesos educativos, pedagógicos y de enseñanza de un currículo, de manera que la alternativa para los menores de edad con diagnóstico de retardo o discapacidad cognitiva, es la Secretaría de Salud.

1. DECISIONES DE INSTANCIA

1. Sentencia única de instancia

Mediante fallo del veinticuatro (24) de enero de 2012, el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, negó la protección de los derechos del niño Nicolás Santiago, bajo el argumento de que al accionante no se le ha vulnerado derecho alguno, y que no se evidencia el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Así mismo, manifestó que la pretensión del accionante escapa a los lineamientos de la acción de tutela, pues lo solicitado es la asignación de un profesor que se dedique exclusivamente al niño, lo anterior con base en las recomendaciones de los docentes de la institución, situación que no configura amenaza ni mucho menos violación de los derechos del menor de edad, pues dicha pretensión carece de sustento probatorio.

Por último, indicó que el niño cuenta con un cupo escolar en el establecimiento educativo, de donde se deriva que se le está respetando su derecho a la educación, enfatizando en que si bien no está del todo dirigida a un alumnado en especial, se avizora que no se le ha negado el derecho a recibir educación.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron las siguientes pruebas relevantes:

1. Copia de la tarjeta de identidad del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor.

1. Copia del carnet de Emermédica del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor.

1. Copia del Registro Civil de Nacimiento del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor.

1. Copia de la historia clínica del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor, en la que se certifica

que el menor de edad tiene “autismo atípico y trastorno en el comportamiento”.

1. Copia de la solicitud de servicios de apoyo diagnóstico o complementación terapéutica, en la que la médica Martha C. Piñeros F. manifestó que el niño Nicolás Santiago Bautista Cantor requiere ubicación en un colegio de educación normal, personalizado, que cuente con grupos pequeños y apoyo terapéutico.

1. Copia de la evolución clínica del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor, en la que consta que tiene conducta de negativismo, y que se encuentra aprendiendo prelectura y preescritura.

1. Copia del registro escolar de valoración integral del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor.

1. Copia de la respuesta del derecho de petición presentado por los padres del niño, emitido por el Colegio Carlos Arturo Torres, en el que las directivas de la institución manifestaron que “el niño es de muy difícil manejo y necesita atención personalizada, ya que se distrae con facilidad, no acata órdenes y se sale del salón con frecuencia, lo que puede ocasionar accidentes en los que él u otros compañeros resulten lastimados”.

1. ACTUACIONES SURTIDAS POR LA SALA DE REVISIÓN

Mediante Auto del veintitrés (23) de abril de 2012, el despacho del Magistrado Ponente, dados los hechos y pretensiones referidos por el accionante, consideró necesario lo siguiente:

“PRIMERO.ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se ponga en

conocimiento de la EPS COMPENSAR, la solicitud de tutela de la referencia y el fallo de instancia, para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, exprese lo que estimen conveniente.

SEGUNDO. COMUNICAR esta decisión a las partes dentro del proceso de la referencia”.

1. PRUEBAS Y RESPUESTAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. El cuatro (4) de mayo de 2012, la apoderada de Compensar EPS manifestó que el niño Nicolás Santiago Bautista Cantor no se encuentra afiliado al Plan Obligatorio de Salud en Compensar EPS, por lo que no existe legitimación en la causa por pasivaque la vincule a la presente solicitud de amparo. Además, indicó que no existe ni ha existido conducta de la EPS que haga procedente una acción de tutela en su contra.

De la misma manera, resaltó que los servicios solicitados por el padre del niño son educativos y de atención social, por lo que no es responsabilidad de las Empresas Promotoras de Salud asumirlos.

1. La Jefe de Oficina de Asesoría Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., mediante oficio del ocho (08) de mayo 2012, informó que para que un niño, niña o joven pueda ser integrado al Sistema de Educación Distrital de Discapacidad, debe poseer unos dispositivos mínimos de aprendizaje, en términos de atención, motivación, seguimiento de instrucciones sencillas, control de esfínteres, entre otros, los cuales son cumplidos a cabalidad por Nicolás Santiago, por lo que la Secretaría de Educación Distrital le ha proporcionado desde el 2011 cupo en el Colegio Carlos Arturo Torres, institución educativa que brinda la educación que requiere el menor de 18 años.

También dijo que la Secretaría de Educación Distrital no puede proporcionar al niño de manera exclusiva docentes que se dediquen únicamente a él, pues debe tenerse en cuenta que en el Distrito existen otros niños que también tienen discapacidades, los cuales,

conforme al derecho a la igualdad, exigirán lo mismo.

Por otra parte, manifestó que si bien la educación es una obligación del Estado colombiano, ésta no comprende procesos o programas de habilitación funcional para el desarrollo de habilidades básicas necesarias para el desempeño ocupacional, ni procesos de rehabilitación como terapias efectuadas por profesionales de la salud, pues dentro de la estructura estatal tales funciones corresponden a otras entidades: Secretaría de Salud, EPS, ARS y/o Secretaría de Integración Social de Bogotá.

Así las cosas, concluye diciendo que el problema del niño no es de carácter académico sino comportamental, que puede ser atendido por psicólogos o terapeutas expertos, con los cuales no cuenta la Secretaría de Educación Distrital.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

1. Corresponde a esta Sala establecer si la Secretaría de Educación de Bogotá D.C, vulneró los derechos a la educación y a la vida en condiciones dignas del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor, al no asignarle un profesor especializado que lo acompañe dentro del aula regular de estudio, teniendo en cuenta su situación de discapacidad.

1. Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: a) la protección constitucional reforzada de los niños y niñas en situación de discapacidad; b) el amparo del derecho a la

educación inclusiva de los niños en situación de discapacidad; y c) el análisis del caso concreto.

1. LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD SON OBJETO DE UNA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA.

Por mandato expreso de la Constitución, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, por lo que la familia, la sociedad y el Estado, tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos (Art. 44).

Es decir, todos los niños y niñas gozan de una especial protección constitucional, la cual se torna reforzada cuando se trata de niños en situación de discapacidad.

La protección de los niños en situación de discapacidad ha sido reconocida por la Corte Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia T-608 de 2007, a través de la cual esta Corporación estudió el caso de una niña que presentó acción de tutela en contra del ICBF, porque le retiró el apoyo económico que recibía a través del programa de hogar biológico, pese a que tenía una discapacidad. Específicamente, sostuvo que:

“La jurisprudencia constitucional ha establecido que de las previsiones del artículo 44 de la Constitución Política se desprende que un conjunto de derechos de los menores, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social, tienen en sí mismos el carácter de fundamentales y deben ser protegidos de manera preferente.

La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13)”. (Subrayado fuera del texto).

Así las cosas, para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que debido a la discriminación histórica a la que ha sido sometida esta población, el Estado tiene el

deber de crear acciones efectivas para desarrollar cabalmente el postulado del derecho a la igualdad, con el fin de suscitar el ejercicio pleno de sus derechos. Esta posición la dejó ver la Corte en la sentencia T- 974 de 20102, en la que al estudiar el caso de una niña que solicitó el amparo de sus derechos a la vida digna, a la educación y a la salud, tras considerarlos vulnerados por la EPS a la que se encontraba afiliada por no autorizarle atención a través de una institución especializada en el área de discapacidad cognitiva, expresó lo siguiente:

“En este contexto, existe una protección constitucional reforzada con respecto a niñas y niños cuando sufren alguna clase de discapacidad, la cual tiene fundamento tanto en el artículo 13 del Texto Fundamental como en el artículo 47 del mismo. Dichas cláusulas generan para el Estado una obligación correlativa de implementar un trato favorable a aquéllos, es decir acciones afirmativas que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de desventaja.

El incumplimiento de este deber estatal, esto es, la no promoción de acciones tendientes a favorecer y reivindicar a un grupo que ha sufrido exclusiones sociales a lo largo de la historia, constituye un acto discriminatorio en contra del mismo, pues vigoriza los obstáculos a los cuales se ha encontrado expuesto cotidianamente, y, en esta medida le impide el ejercicio pleno de sus derechos y libertades”.

De lo esgrimido anteriormente, se puede concluir que los niños en circunstancia de discapacidad gozan de una protección constitucional reforzada, lo que se traduce en que para el efectivo amparo de sus derechos, el Estado y en general la sociedad, deben adoptar medidas de discriminación positiva a su favor, orientadas a garantizarles su integración social y el pleno disfrute de todos sus derechos.

1. EL AMPARO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LOS NIÑOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.

1. Regulación constitucional

Dado que el esquema de protección constitucional de los niños en situación de discapacidad tiene manifestaciones concretas en el ámbito de la educación, el ya citado artículo 44

Constitucional consagra a éste como derecho fundamental de los niños, al tiempo que establece que depende de la familia, la sociedad y el Estado, el desarrollo armónico y el ejercicio pleno de los derechos de éstos.

Por su parte, el artículo 67 preceptúa que “la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. (...) Corresponde al Estado (...) garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”. (Subrayado fuera del texto).

Así mismo, el artículo 68 de la Carta Política expresa que “(...) la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

Estas normas constitucionales recogen los principios que sobre la materia consignan los diversos tratados y declaraciones internacionales, alguno de ellos ratificados por Colombia y que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, al tenor del artículo 93 de la Constitución de 1991.

1. Instrumentos internacionales

Dentro de los instrumentos que protegen los derechos de los niños en situación de discapacidad encontramos:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 26 establece que “toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. (...) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones”.

1. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13 consagra que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (...)”.

1. Las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas en situación de discapacidad, expresa en su artículo 6, que “los Estados deben velar por que la educación de las personas con discapacidad constituya una parte integrante del sistema de enseñanza. 1. La responsabilidad de la educación de las personas con discapacidad en entornos integrados corresponde a las autoridades docentes en general. La educación de las personas con discapacidad debe constituir parte integrante de la planificación nacional de la enseñanza, la elaboración de planes de estudio y la organización escolar. 2. La educación en las escuelas regulares requiere la prestación de servicios de interpretación y otros servicios de apoyo apropiados. Deben facilitarse condiciones adecuadas de acceso y servicios de apoyo concebidos en función de las necesidades de personas con diversas discapacidades. (...) 4. En los Estados en que la enseñanza sea obligatoria, ésta debe impartirse a las niñas y los niños aquejados de todos los tipos y grados de discapacidad, incluidos los más graves. Debe prestarse especial atención a los siguientes grupos: a) Niños muy pequeños con discapacidad; b) Niños de edad preescolar con discapacidad; c) Adultos con discapacidad, sobre todo las mujeres. 6. Para que las disposiciones sobre instrucción de personas con

discapacidad puedan integrarse en el sistema de enseñanza general, los Estados deben: a) Contar con una política claramente formulada, comprendida y aceptada en las escuelas y por la comunidad en general; b) Permitir que los planes de estudio sean flexibles y adaptables y que sea posible añadirles distintos elementos según sea necesario; (...). 7. Los programas de educación integrada basados en la comunidad deben considerarse como un complemento útil para facilitar a las personas con discapacidad una formación y una educación económicamente viables. 8. En situaciones en que el sistema de instrucción general no esté aún en condiciones de atender las necesidades de todas las personas con discapacidad, cabría analizar la posibilidad de establecer la enseñanza especial, cuyo objetivo sería preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general (...).”

2.4.2.4 La Observación General N° 13, dispone que “La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. (...) La educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas: a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte (...). b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos; Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia); Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita. c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres. d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos

culturales y sociales variados”.

2.4.2.5 La Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas en situación de Discapacidad, que en su artículo 24 establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a: Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión. 3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas: a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares; b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas; c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegas, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social. 4. A fin de contribuir a hacer

efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad”³.

1. Normativa nacional

2.4.3.1 En cuanto a las normas nacionales adoptadas en cumplimiento de las obligaciones de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, la Ley 115 de 1994 (Ley General de la Educación), en su artículo 46 preceptúa que “la educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo”. Por lo que le corresponde al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales “incorporar en sus planes de desarrollo, programas de apoyo pedagógico que permitan la atención educativa a las personas con limitaciones”. Así mismo, señala que “el gobierno Nacional dará ayuda especial a las entidades territoriales para establecer aulas de apoyo especializadas en los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción que sean necesarios para el adecuado cubrimiento, con el fin de atender, en forma integral, a las personas con limitaciones” (artículo 48 Constitucional).

2.4.3.2 De igual manera el Decreto 2082 de 1996 (por el cual se reglamenta la atención educativa para personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales), en su artículo 16 manifiesta que “los establecimientos educativos estatales adoptarán o adecuarán, según sea el caso, su proyecto educativo institucional, de manera que contemple las estrategias, experiencias y recursos docentes, pedagógicos y tecnológicos, necesarios para

atender debidamente esta población”. Así mismo, estableció que “los establecimientos educativos estatales adoptarán o adecuarán el proyecto educativo institucional, para atender debidamente a la población con limitaciones físicas o mentales”, lo cual debía haberse alcanzado antes del 8 de febrero del año 2000 (art. 16 y 17).

2.4.3.3 Así mismo, la Ley 361 de 1997 en su artículo 10, 11 y 13 manifiesta que “El Estado Colombiano en sus instituciones de Educación Pública garantizará el acceso a la educación y la capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico para las personas con limitación, quienes para ello dispondrán de una formación integral dentro del ambiente más apropiado a sus necesidades especiales. 11. En concordancia con lo establecido en la Ley 115 de 1994, nadie podrá ser discriminado por razón de su limitación, para acceder al servicio de educación ya sea en una entidad pública o privada y para cualquier nivel de formación. Para estos efectos, el Gobierno Nacional promoverá la integración de la población con limitación a las aulas regulares en establecimientos educativos que se organicen directamente o por convenio con entidades gubernamentales y no gubernamentales, para lo cual se adoptarán las acciones pedagógicas necesarias para integrar académica y socialmente a los limitados, en el marco de un Proyecto Educativo Institucional (...). 13. El Ministerio de Educación Nacional establecerá el diseño, producción y difusión de materiales educativos especializados, así como de estrategias de capacitación y actualización para docentes en servicio. Así mismo deberá impulsar la realización de convenios entre las administraciones territoriales, las universidades y organizaciones no gubernamentales que ofrezcan programas de educación especial, psicología, trabajo social, terapia ocupacional, fisioterapia, terapia del lenguaje y fonoaudiología entre otras, para que apoyen los procesos terapéuticos y educativos dirigidos a esta población (...). Parágrafo: Todo centro educativo de cualquier nivel deberá contar con los medios y recursos que garanticen la atención educativa apropiada a las personas con limitaciones (...).”

2.4.3.4 Por su parte, el Decreto 366 de 2009, en su artículo 4 y 9 expresa que “Los establecimientos educativos que reporten matrícula de estudiantes con discapacidad cognitiva, motora, síndrome de Asperger o con autismo deben organizar, flexibilizar y adaptar el currículo, el plan de estudios y los procesos de evaluación de acuerdo a las condiciones y estrategias establecidas en las orientaciones pedagógicas producidas por el Ministerio de Educación Nacional (...). Artículo 9: La entidad territorial certificada organizará la oferta de acuerdo con la condición de discapacidad o de capacidad o talento excepcional

que requiera servicio educativo y asignará el personal de apoyo pedagógico a los establecimientos educativos de acuerdo a la condición que presenten los estudiantes matriculados (...)”⁴.

1. Desarrollo jurisprudencial

La Corte ha resaltado que del anterior recorrido normativo, se desprenden las siguientes consecuencias (Sentencia T-443 de 20045): i) Aunque en principio la educación es una responsabilidad de la familia, de la sociedad y del Estado, principalmente corresponde a éste último el deber imperativo de garantizar el acceso y la permanencia al sistema educativo a los menores discapacitados. ii) Los menores discapacitados tienen derecho preferencial a exigir el cumplimiento y la efectividad del derecho a la educación pues “aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor supone un trato todavía más especial”. iii) Una forma de promover las condiciones para que sea efectivo el derecho a una igualdad de oportunidades en el acceso al sistema educativo de los menores discapacitados, es otorgarles un trato cualificado y privilegiado”.

De lo esgrimido anteriormente, se tiene que el derecho a la educación de los niños es de carácter fundamental, garantía que se refuerza cuando se trata de menores de edad que están en situación de discapacidad. Ahora bien, este derecho comprende la garantía de acceso y permanencia en el sistema educativo, con el fin de que estas personas puedan ejercer plena y efectivamente todos los contenidos de dicho derecho. En cuanto al modelo que se debe utilizar en el sistema educativo colombiano (para todos los educandos, y en especial para las personas en situación de discapacidad), encontramos que ésta debe ser preferentemente inclusiva. A continuación la Sala pasará a hacer un breve relato acerca de los planteamientos sobre la educación inclusiva.

1. Contenido del derecho a la educación inclusiva

En cuanto a la perspectiva del derecho a la educación, encontramos que hacer efectivo dicho

derecho, “exige garantizar que todos los niños, niñas y jóvenes tengan, en primer lugar, acceso a la educación, pero no a cualquier educación sino a una de calidad con igualdad de oportunidades”⁷, y éstos, son justamente los lineamientos que definen la inclusión educativa o educación inclusiva.

Se puede decir entonces, que “la inclusión educativa es consustancial al derecho a la educación o, en forma más definitoria, un requisito del derecho a la educación, toda vez que el pleno ejercicio de este derecho, implica la superación de toda forma de discriminación y exclusión educativa. Avanzar hacia la inclusión supone, por tanto, reducir las barreras de distinta índole que impiden o dificultan el acceso, la participación y el aprendizaje, con especial atención en los alumnos más vulnerables o desfavorecidos, por ser los que están más expuestos a situaciones de exclusión y los que más necesitan de la educación”⁸.

De hecho la inclusión educativa es un descriptor internacional que tiene su fundamento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que se asume que los Estados tienen la obligación de garantizar una enseñanza no segregadora, que se materialice en una inclusión social de todas las personas, independientemente de sus condiciones personales, sociales o culturales.

Ahora bien, tratándose en especial de los niños con discapacidad, la regla general es que éstos deben hacer parte de un sistema educativo inclusivo, pues la educación inclusiva “surge del convencimiento de que el derecho a la educación es un derecho humano básico que ésta en la base de una sociedad más justa. Por lo tanto, se parte de una justificación social, de carácter humanista, que defiende la idea de que si todos los niños y niñas aprenden juntos en escuelas inclusivas, cambiarán las actitudes frente a la diferencia y ello dará lugar a una sociedad más justa y no discriminadora, en la que no tengan cabida los procesos de exclusión”⁹.

En efecto, se tiene que la inclusión remueve los planteamientos más profundos de una auténtica educación, pues “destaca el derecho fundamental de todos a recibir una educación de calidad, incorpora la realidad humana de la diversidad como un valor, plantea el medio ordinario como el más realista, natural y eficaz para llevar a cabo dicha educación, exige la participación y convivencia como metas integrantes de todo proceso educativo, demanda el desarrollo de un currículo funcional, común y adaptado a la vez a la

individualidad de cada alumno, promueve un aprendizaje significativo, cooperativo, constructivista, y reflexivo, y finalmente, implica a toda la comunidad educativa y a la sociedad misma como marcos y agentes de la educación”¹⁰.

A la vista de las consideraciones anteriores, es evidente la necesidad de crear y afianzar un sistema educativo que realmente contribuya al desarrollo de una sociedad más justa y solidaria, idea que surge como consecuencia de los altos niveles de exclusión y desigualdades educativas que persisten en el sistema educativo colombiano. Para lograr lo pretendido, es decir, transformar el sistema educativo para responder a la diversidad de los estudiantes, la educación inclusiva se configura como el mecanismo idóneo para lograrlo, entonces, le corresponde al Estado adoptar políticas sistemáticas que afecten todos los componentes de un sistema educativo, tales como la formación de los profesores, la financiación, la dirección y supervisión escolar, entre otros.

Algunos países como Canadá, Argentina y la Unión Europea, han evolucionado hacia este modelo de educación, y han puesto de manifiesto diversos planteamientos, servicios y prácticas que se hacen necesarias para ofrecer una educación inclusiva en niños que tienen discapacidad. Han señalado entre los más urgentes los siguientes: “-Es necesario alcanzar una escuela realmente inclusiva, basa en el modelo curricular y que asegure la convivencia, la colaboración, y la participación de todos. Esta educación debe garantizarse a lo largo de todo el sistema educativo como parte de los derechos fundamentales que tiene toda persona, también los alumnos con necesidades especiales de educación graves y permanentes; -la educación inclusiva debe impregnar y orientar la organización, la planificación educativa, la distribución de los recursos y el diseño de las prácticas pedagógicas; -es preciso organizar una estructura de servicios personales y materiales suficiente que asegure la prestación de los apoyos especiales que estos alumnos precisan para su completo desarrollo (...) el éxito educativo de los alumnos con necesidades especiales de educación no será posible sin la implicación de toda la comunidad educativa: órgano directivo, tutores, orientadores (...); y, entre otros, se debe avanzar hacia la superación de enfoques que suponen la existencia de dos sistemas diferenciados (ordinario/específico) y proporcionar al profesorado diversos tipos de apoyo (personal, complementario, materiales, formación actualizada,...) que favorezcan una práctica de inclusión plena (...)”¹¹.(Subrayado fuera del texto).

Así las cosas, la Sala encuentra que una de las innovaciones más importantes e influyentes que los sistemas educativos han incorporado a sus políticas y prácticas, es la educación inclusiva, y en nuestro país, la Corte Constitucional, cumpliendo una de las funciones encargadas por el Constituyente del 91, consistente en la revisión de los fallos de tutela proferidos por todos los Jueces de la República para amparar los derechos fundamentales de los individuos, ha creado líneas jurisprudenciales que protegen el derecho a la educación inclusiva de los niños que tienen alguna discapacidad.

A continuación pasará la Sala a hacer mención de algunas de dichas providencias.

En la Sentencia T- 443 de 200412, la Corte al revisar un caso en que se discutía la necesidad de una educación especial para un niño autista, trató el tema de si el derecho al acceso y permanencia en el sistema educativo de los menores de 18 años con discapacidad debe hacerse efectivo integrándolos a las aulas regulares de los establecimientos donde se imparte educación para los niños que no se encuentran en igual circunstancia, o si, por el contrario, es necesario vincularlos a centros donde puedan recibir una educación especial. Al respecto consideró que:

“Una primera tendencia, que puede denominársele inclusiva, resalta la conveniencia de permitir el acceso de niños discapacitados a instituciones educativas no especializadas en su atención, pues de esta forma no sólo se combate efectivamente la discriminación social a la cual son sometidos en razón de su minusvalía, sino que además se produce un efecto pedagógico positivo pues el menor discapacitado, al interactuar con niños normales, podría superar con más facilidad los obstáculos de aprendizaje. Esta posición ha sido respaldada por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación.

(...) Por otra parte, está la corriente excluyente que en términos generales considera que los menores discapacitados están en imposibilidad de adaptarse a las condiciones de las instituciones educativas, y que además es inconveniente integrarlos con los niños normales por los eventuales daños físicos o psicológicos que pueden sufrir esos menores por parte de los niños que no tienen esas limitaciones.

En lo que respecta al caso colombiano, en esta misma sentencia se dejó dicho que la Corte desde sus primeros pronunciamientos se ha inclinado por considerar a la educación especial como un recurso extremo “pues la regla general consiste en procurar vincularlos a

establecimientos regulares de educación”, pues “la separación o aislamiento pueden engendrar sentimientos de inferioridad, con todas sus previsibles secuelas negativas”.

Posteriormente, en la Sentencia T- 170 de 200713, en la que también se discutió la necesidad de incluir a un niño que padecía “Síndrome de Down” en una escuela que prestara el servicio de educación especial, la Corte dejó ver su posición en cuanto a que la educación especial no integrada debe ser excepcional y sólo debe recurrirse a ella en casos extremos, previa demostración profesional de su necesidad. En palabras del Alto Tribunal:

“cuando el juez constitucional pretenda amparar el derecho a la educación de un menor discapacitado, excepcionalmente puede disponer que este se haga efectivo en una institución de educación especial, que le brinde al infante la posibilidad de una normalización e integración social plena, previa existencia de un diagnóstico que así lo indique, pues en principio se debe procurar vincularlos a establecimientos regulares de educación. Con base en lo anterior, ha definido las siguientes sub-reglas en la materia:

“a) La acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores discapacitados.

b) La educación especial se concibe como un recurso extremo¹⁴.

c) Si está probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo.

d) En caso de que existan centros educativos especializados y que el menor requiera ese tipo de instrucción, ésta no sólo se preferirá sino que se ordenará.

e) Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se ordenará la prestación del servicio público convencional, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al menor discapacitado”.

Por otra parte encontramos la Sentencia T-051 de 201115, en la que se revisó el asunto en el que un municipio no destinó, conforme a lo establece la Constitución y los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional, recursos para proveer un profesor intérprete a un estudiante sordomudo que lo requería. En este fallo, la Corte delimitó el concepto de educación inclusiva, partiendo de que este ha sido el modelo de educación al cual se le ha

apostado internacionalmente a través de las Declaraciones de Managua, Dakar y Salamanca, así como en la Convención de las Naciones Unidas, por ser considerado como la mejor vía para garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la educación de las personas con discapacidad. En palabras del Alto Tribunal:

“Una buena manera de entender el concepto de educación inclusiva, es el de contrastarlo con otros modelos que han estado presente en materia de educación de las personas con discapacidad. Principalmente, se identifican como alternativas a la educación inclusiva la llamada educación segregada y la educación integrada.

Por educación segregada se entiende principalmente la oferta educativa exclusiva para personas con discapacidad. A lo largo de la historia este modelo ha sido el imperante tanto en Colombia como en diferentes partes del mundo. Sus defensores consideran que las personas con discapacidad, dadas sus necesidades especiales, tendrán mejoras en su proceso educativo si están en instituciones que les brinden atención especializada. (...) Bajo este modelo educativo, entonces, las personas con discapacidad no van a la escuela regular, sino a una institución especial y no interactúan con estudiantes sin discapacidad, sino sólo con sus maestros y sus compañeros con discapacidad.

En las últimas décadas este modelo educativo viene siendo cuestionado por varias razones. Básicamente se le critica a la educación segregada que termina por ubicar a la persona con discapacidad en un perverso paradigma de “normalidad/anormalidad” y, en consecuencia, a perpetuar la exclusión que enfrentan las personas con discapacidad en todos los espacios de la vida social.

Una primera respuesta a los problemas de la educación segregada lo ha sido la llamada educación integrada. Este modelo educativo consiste en permitir que personas con diferentes niveles de capacidad accedan a la escuela regular pero a través de una oferta educativa especializada. La educación integrada promueve espacios de combinación, pero en las horas de descanso, los almuerzos y salidas de clase; no obstante continúa con un modelo educativo que diferencia entre las personas con discapacidad y sin discapacidad.

Si bien se reconoce que el modelo de enseñanza integrada ha sido un primer avance en la inclusión de personas con necesidades educativas especiales, también se le critica por ser un modelo limitado que continúa reforzando la idea de que las personas con discapacidad sólo

pueden educarse mientras tengan procesos y aulas de aprendizaje diferentes de las personas sin discapacidad. Además de lo anterior, un punto central de las objeciones a este modelo educativo, radica en el hecho de que la integración parte de una concepción en la que la persona con necesidades educativas especiales es quien debe adaptarse a la escuela, y no a la escuela quien debe desarrollar transformaciones importantes para que sea ésta la que se adapte a la diversidad de sus alumnos.

(...)

Ahora bien, la llamada educación inclusiva, que es la apuesta de diferentes instrumentos internacionales -y que además ha sido acogida por el Ministerio de Educación Nacional-, busca ampliar el espectro de inclusión de personas con necesidades educativas especiales, más allá del acceso a la escuela regular. La educación inclusiva persigue que no existan ambientes segregados, sino que todos los niños y niñas, independientemente de sus necesidades educativas, puedan estudiar y aprender juntos (...).”.

En armonía con lo planteado, la Corte concedió el amparo del derecho a la educación del tutelante, tras advertir que de los informes requeridos en sede de revisión se notó la puesta en peligro del derecho a la educación inclusiva no solo del accionante sino también de 103 estudiantes con discapacidad auditiva severa que requerían del profesor intérprete.

De lo esgrimido anteriormente, se puede concluir que los niños y niñas con discapacidad, gozan de la especial protección del Estado, y son titulares de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad, en los componentes prestacionales reconocidos y determinados por el Estado en el marco de su política pública de educación, por lo que pueden reclamar, por vía de acción de tutela, los contenidos fundamentales de dicho derecho, los cuales derivan de la Carta, los tratados internacionales y la normativa nacional.

Lo anterior implica que el servicio de educación debe suministrarse a los niños en situación de discapacidad, en condiciones de igualdad, y teniendo en cuenta sus condiciones particulares, de tal forma que los procesos de socialización y aprendizaje, sean lo más similar a los de cualquier niño que carezca de alguna discapacidad, por lo que esta Corporación se ha inclinado por considerar que en principio, a estas personas se les debe garantizar una educación inclusiva, es decir, en centros educativos en donde asisten niños que no tienen discapacidad, con el fin de acabar con la discriminación a la que han sido sometidos

históricamente, y de producir un efecto pedagógico positivo de la interacción con los demás niños, lo que les hará más fácil vencer las dificultades que puedan encontrar en su aprendizaje.

1. LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: GARANTÍAS QUE PROTEGEN DE FORMA INDEPENDIENTE SU DESARROLLO INTEGRAL.

Es evidente la incertidumbre que existe acerca de si hay un límite o no que separe el derecho a la salud y el derecho a la educación de los niños y niñas en situación de discapacidad, teniendo en cuenta que casi siempre su ámbito de protección se ha concedido bajo el principio de la integralidad del tratamiento, o bajo el argumento de que el derecho a la educación también puede contener aspectos que mejoren el estado de salud de las personas.

Un ejemplo de la anterior problemática se da en aquellos eventos en los cuales las Empresas Promotoras de Salud consideran que un tratamiento traspasa la esfera de sus competencias y se ubica en la jurisdicción de las entidades territoriales que prestan el servicio público educativo. En estos casos ¿cuál es la entidad competente para la prestación del servicio solicitado?

Frente a lo anteriormente planteado, esta Corporación ha garantizado la protección de los derechos de los niños y niñas con discapacidad, generalmente bajo la tutela del derecho a la salud y del derecho a la educación de forma dependiente. De un lado, ha cobijado el derecho a la salud integrando aspectos educativos, bajo el principio de la integralidad del tratamiento¹⁶ y, de otro lado, ha tutelado el derecho a la educación, reconociendo que éste puede contener aspectos que mejoren el estado de salud de los niños y niñas con discapacidad¹⁷.

No obstante, aún reconociendo que dichas decisiones han sido medidas garantistas encaminadas a lograr el pleno desarrollo de esta población, existe una nueva perspectiva desde la cual debe abordarse la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad y que le ha exigido a la Corte Constitucional evaluar estas variantes para

determinar las responsabilidades de las Empresas Promotoras de Salud y las Secretarías de Educación.

En primer lugar, a la luz de las normas vigentes nacionales e internacionales sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ha establecido la necesidad de amparar el derecho a la salud y el derecho a la educación de forma independiente, pero reconociendo que operan de forma armónica e interrelacionada para apoyar el tratamiento integral que requiere la persona.

En segundo lugar, debe reconocerse la necesidad de proteger los derechos a la educación y a la salud de los niños con discapacidad, no subsumiendo elementos de un sistema en otro, pero sí reconociendo que cada uno de éstos puede aportar desde su perspectiva y de manera armónica a la integración de los niños y niñas al medio social para garantizar la efectividad de sus derechos fundamentales.

También es pertinente recordar que en los últimos tiempos se ha observado una variación frente a la forma en que se entienden protegidos los derechos de las personas con discapacidad, en el sentido de que la discapacidad ya no debe ser entendida como una enfermedad o un obstáculo para vivir, sino que debe ser abordada desde el matiz de la diversidad y del pluralismo, valores protegidos en la Constitución y que a la vez promueven la tolerancia y la igualdad.

En últimas, a la luz de la normativa internacional, la discapacidad no sólo debe abordarse desde el punto de vista médico sino que debe abarcar otras aristas que permitan atender dicha realidad de forma integral.

1. CASO CONCRETO

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

El señor José de Jesús Bautista Marentes, representante de su hijo menor de edad, instauró acción de tutela en contra de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., por considerar que

está vulnerando sus derechos fundamentales a la educación y a la vida en condiciones dignas, al negarse a designar un profesor especializado que lo acompañe dentro del aula regular de estudio, teniendo en cuenta su situación de discapacidad (tiene “trastorno de espectro autista”).

Manifiesta el accionante que el equipo de apoyo de la Institución Educativa Distrital Carlos Arturo Torres, donde el niño adelanta sus estudios, recomendó integración a un aula regular de estudio, porque durante el transcurso del año lectivo su nivel académico fue destacado aunque su comportamiento no fue el mejor.

Por lo anterior, el accionante radicó un derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Bogotá, a través del cual solicita acompañamiento individual permanente para su hijo, pero la entidad le respondió que el servicio solicitado debe ser suministrado por la Entidad Promotora de Salud, quien por su parte indicó que el servicio es de competencia de la Secretaría de Educación.

1. . PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Legitimación en la causa por activa

En el caso sub examine se observa que el señor José de Jesús Bautista Marentes interpuso la acción de tutela en calidad de padre del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor, por lo que la Sala encuentra que en virtud del artículo 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra legitimado para representar los intereses de éste, con mayor razón si se tiene en cuenta lo alegado por el peticionario, en cuanto a la discapacidad que presenta el niño: “trastorno de espectro autista” relacionado con “una meningitis bacteriana” que se le diagnóstico a los tres meses de edad.

1. Legitimación por pasiva

En el caso sub examine se demandó a la Secretaría de Educación Distrital; así mismo, en sede de revisión, mediante Auto del veintitrés (23) de abril de 2012 se vinculó a la Entidad Promotora de Salud a la que se encontraba afiliado el niño (COMPENSAR EPS).

Además, en este caso la legitimación por pasiva también está dada porque la Secretaría de Educación Distrital y la EPS COMPENSAR participan en la prestación de servicios de educación y seguridad social respectivamente y, por tanto, prestan servicios públicos, por lo que sus actuaciones están cobijadas por el citado artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

1. Examen de inmediatez

En el caso bajo estudio se cumple con el requisito de inmediatez, pues el padre del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor presentó derecho de petición ante la Secretaría de Educación Distrital, solicitando acompañamiento permanente para el menor de edad, el 18 de noviembre de 2011, y recibió respuesta el 3 de diciembre del mismo año. Por su parte, la acción de tutela fue presentada el 12 de enero de 2012. Por tanto, el término transcurrido entre los hechos y la presentación de la acción es razonable, y evidencia que la transgresión era actual en el momento en que se hizo uso de la tutela para el amparo de los derechos.

En definitiva, es claro para la Sala que la acción de tutela procede en este caso, debido a que es el mecanismo idóneo para amparar los derechos del aquí interesado, pues a través de ésta se protegen de manera oportuna los derechos invocados. Además, el caso versa sobre los derechos de un niño que tiene una enfermedad denominada “espectro autista”, quien es un sujeto de especial protección constitucional, situación que pone en evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

1. EXAMEN DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO NICOLÁS SANTIAGO BAUTISTA CANTOR

Dado que los niños en situación de discapacidad gozan de una protección constitucional reforzada, esta Corporación amparará los derechos de Nicolás Santiago Bautista Cantor, y ordenará que se tomen medidas de discriminación positivas a su favor, conforme a lo

establecido en la Constitución, el Bloque de Constitucionalidad y la normativa nacional, con el fin de que se le garantice su integración social y el goce efectivo de todos sus derechos. Las razones que fundamentan el anterior planteamiento son las siguientes:

En primer lugar, el argumento de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en cuanto a que el servicio solicitado por el actor hace parte del derecho a la educación, y que por tanto, es competencia de la EPS prestarlo, no es de recibo, pues la Sala encuentra que la pretensión de que el niño Nicolás Santiago sea acompañado permanentemente en su aula regular de estudio por un profesional especializado en el manejo de niños autistas, es un servicio educativo a cargo del sistema público educativo del Estado, que para el caso que nos ocupa, es la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C. Lo anterior, de conformidad con la normativa citada en la parte motiva de esta providencia.

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

Debido a lo esgrimido anteriormente, la Sala advierte, en cuanto a los servicios de salud que requiere Nicolás Santiago Bautista Cantor, que la Entidad Promotora de Salud a la que se encontraba afiliado le estaba garantizando el derecho a la salud a través de los diferentes servicios con que cuenta para atender las necesidades del niño en este ámbito, lo cual se encuentra acorde con las obligaciones de las Empresas Promotoras de Salud.

En segundo lugar, pasando al tema concreto de si existe o no vulneración al derecho a la educación inclusiva del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor, de parte de la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C., la Sala encuentra que, partiendo de que: i) la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas en situación de Discapacidad consagra el derecho a

la educación inclusiva como derecho fundamental, y preceptúa que los Estados asegurarán: “que las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; que se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; y que se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva”; y ii) que el Decreto 366 de 2009 en su artículo 4 y 9 expresa que “los establecimientos educativos que reporten matrícula de estudiantes con discapacidad cognitiva, motora, síndrome de Asperger o con autismo, deben organizar, flexibilizar y adaptar el plan de estudios de acuerdo a las condiciones y estrategias establecidas por el Ministerio de Educación Nacional”, y que “la entidad territorial certificada asignará el personal de apoyo pedagógico a los establecimientos educativos de acuerdo a la condición que presenten los estudiantes matriculados. Para ello, la entidad territorial certificada definirá el perfil requerido y el número de personas teniendo en cuenta los siguientes parámetros: I. Por lo menos una (1) persona de apoyo pedagógico por establecimiento educativo que reporte matrícula de mínimo diez (10) y hasta cincuenta (50) estudiantes con discapacidad cognitiva (síndrome Down u otras condiciones que generen discapacidad intelectual) con síndrome de Asperger, autismo, discapacidad motora o con capacidades o con talentos excepcionales (...). Parágrafo 1: Exclusivamente en el caso de población con discapacidad cognitiva (síndrome Down y otras condiciones que generen discapacidad intelectual, síndrome de Asperger y autismo), el porcentaje máximo de estudiantes incluidos en los grupos no deberá ser superior al diez por ciento (10%) del total de estudiantes de cada grupo.”, la Corte avizora que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no ha cumplido con los mandatos de éstas y otras disposiciones que exigen que se garantice a todos los niños en situación de discapacidad, el acceso a una educación de calidad, de cara a las necesidades propias de su particular situación, por lo que considera que el ente accionado se encuentra en deuda de garantizar al niño Nicolás Santiago, el goce efectivo del derecho a la educación inclusiva.

Ahora bien, dado que es la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C. quien debe garantizar el derecho a la educación inclusiva del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor, ésta tiene la obligación de asignar el personal de apoyo pedagógico a los establecimientos educativos de acuerdo a la condición que presenten los estudiantes matriculados, conforme a lo establecido en el Decreto 366 de 2009, medida que amparará no sólo los derechos de Nicolás Santiago, sino el de todos los niños que se encuentren en su misma condición.

Así mismo, la Sala advierte que, en caso de que en el Colegio Carlos Arturo Torres exista personal de apoyo pedagógico, le corresponde a éste, dedicarse exclusivamente al cumplimiento de las funciones que se establecen en el Decreto 366 de 2009, en particular las siguientes: “1. Establecer procesos y procedimientos de comunicación permanente con los docentes de los diferentes niveles y grados de educación formal que atiendan estudiantes con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales para garantizar la prestación del servicio educativo adecuado y pertinente. 2. Participar en la revisión, ajuste, seguimiento y evaluación del Proyecto Educativo Institucional (FEI) en lo que respecta a la inclusión de la población con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales. 3. Participar en el diseño de propuestas de metodologías y didácticas de enseñanza y aprendizaje, flexibilización curricular e implementación de adecuaciones pertinentes, evaluación de logros y promoción, que sean avaladas por el consejo académico como guía para los docentes de grado y de área. 4. Participar en el desarrollo de actividades que se lleven a cabo en el establecimiento educativo relacionadas con caracterización de los estudiantes con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales, la sensibilización de la comunidad escolar y la formación de docentes. 5. Gestionar la conformación de redes de apoyo socio-familiares y culturales para promover las condiciones necesarias para el desarrollo de los procesos formativos y pedagógicos adelantados en los establecimientos educativos. 6. Articular, intercambiar y compartir, experiencias, estrategias y experticia con otros establecimientos de educación formal, de educación superior y de educación para el trabajo y el desarrollo humano de la entidad territorial. 7. Elaborar con los docentes de grado y de área los protocolos para ejecución, seguimiento y evaluación de las actividades que desarrollan con los estudiantes que presentan discapacidad o capacidades o talentos excepcionales y apoyar a estos docentes en la atención diferenciada cuando los estudiantes lo requieran. 8. Presentar al rector o director rural un informe semestral de las actividades realizadas con docentes y con estudiantes con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales y los resultados logrados con estos estudiantes, para determinar las propuestas de formación de los docentes, los ajustes organizacionales y el tipo de apoyos requeridos por los estudiantes que deben gestionarse con otros sectores o entidades especializadas. 9. Participar en el consejo académico y en las comisiones de evaluación y promoción, cuando se traten temas que involucren estas poblaciones (...)18”, esto con el fin de que los docentes regulares se constituyan en un verdadero apoyo en el proceso de aprendizaje de los niños que están en esta condición.

En tercer lugar, la Sala encuentra que conforme a las pruebas allegadas, no existe un trabajo armónico en el sistema público educativo sobre la manera como deben protegerse los derechos de las personas con discapacidad, lo que limita y entorpece el ejercicio de las garantías de esta población como sujetos plenos titulares de derechos. Por tanto, reiterará el exhorto realizado en la sentencia T-974 de 2010, en donde se evidenció la misma situación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo del veinticuatro (24) de enero de 2012, proferido por el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en cuanto negó el amparo solicitado, y en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la educación inclusiva del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, designe el personal de apoyo pedagógico a la Institución Educativa Distrital Carlos Arturo Torres, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 366 de 2009, con el fin de que acompañen el proceso educativo del niño Nicolás Santiago Bautista Cantor y de los demás estudiantes que se encuentren en su misma circunstancia. En caso, de que la institución educativa ya cuente con profesores de apoyo designados, sus funciones deberán circunscribirse a las contempladas en el artículo 10 de este decreto.

TERCERO.- COMUNICAR la presente decisión al Consejo Distrital de Discapacidad, para que, dentro de la órbita de sus competencias, tome las medidas para asegurar la realización efectiva del derecho fundamental a la educación inclusiva de las personas en situación de discapacidad en el sistema distrital de educación.

CUARTO.- COMUNICAR la presente decisión al Defensor del Pueblo y al Procurador General de la Nación, para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan un seguimiento del

cumplimiento de esta providencia.

QUINTO.- Reiterar el EXHORTO al Ministerio de Educación en los términos establecidos en la sentencia T-974 de 2010.

Acerca de la conformación de la mesa de trabajo así como de los acuerdos y compromisos que se adopten en desarrollo de ésta, deberá enviar un informe, en el término de tres (03) meses, al juez de primera instancia, a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación.

SEXTO.- Por secretaría general librar las comunicaciones de que trata el Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional,

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver folio 2 del cuaderno 2

2M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub

3 Ver al respecto la Declaración de Salamanca, la Declaración de Educación para todos, la Declaración Mundial sobre la Educación Superior, el Foro Mundial sobre la Educación y la Conferencia Internacional de Educación.

4 Respecto a la educación inclusiva, se deben tener en cuenta, además de la ya citada normativa nacional, el Decreto 369 de 1994, el Decreto 2369 de 1997, el Decreto 672 de 1998, el Decreto 1509 de 1998 y el Plan Decenal de Educación 2006-2015, que es el conjunto de propuestas, acciones y metas que expresan la voluntad del País en materia educativa. Su objetivo es generar un acuerdo nacional que comprometa al gobierno, los diferentes sectores de la sociedad y la ciudadanía en general para avanzar en las transformaciones que la educación necesita. Tomado de www.plandecenal.edu.co

5M.P. Clara Inés Vargas Hernández

6 Sentencia T- 022 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil

7 ECHEITA SARRIONANDIA, Gerardo “Inclusión y exclusión educativa. Voz y quebranto” en REICE. Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación, vol. 6, núm. 002. Red Iberoamericana de Investigación sobre Cambio y Eficacia Escolar, Madrid, España, 2008, pp. 9-18.

8 Ibídem

9 MOLINER GARCÍA, Odet “Condiciones, procesos y circunstancias que permiten avanzar hacia la inclusión educativa: retomando las aportaciones de la experiencia canadiense” en REICE, Revista Electrónica Iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambio en Educación, vol. 6, número 002, Red Iberoamericana de Investigación sobre cambio y eficacia escolar, Madrid, España, 2008, pp.58-70.

10 LÓPEZ TORRIJO, Manuel “La inclusión educativa de alumnos con discapacidades graves y permanentes en la Unión Europea” en RELIEVE. Revista electrónica de investigación y evaluación educativa, vol. 15, núm. 1, Universidad de Valencia, España, 2009.

11 Ibídem

12M.P. Clara Inés Vargas Hernández

13M.P. Jaime Córdoba Triviño

14Esto es, se ordenará a través de la acción de tutela sólo cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor

15 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

16 Al respecto, se encuentran, entre otros, los siguientes fallos:

En la Sentencia T- 179 de 2000¹⁶, la Corte revisó el caso de unos niños en situación de discapacidad, a los que el ISS les brindaba tratamientos terapéuticos conforme a un programa especializado, pero que después de un tiempo, les canceló los servicios suministrados, tras considerar que éstos eran pedagógicos, y que por ende, se encontraban excluidos del POS. Aquí la Corte sostuvo que: “El argumento de que el tratamiento no está incluido dentro del POS, va en contravía de la referencia que las normas sobre el POS hacen de “tratamiento y rehabilitación”, máxime si está de por medio el trato preferencial que se les debe dar a los niños, y del tratamiento especializado que se le debe dar a los discapacitados que además debe ser integral y permanente”. Dado el planteamiento anterior, la Sala de Revisión protegió los derechos a la salud, a la seguridad social y a la educación de los niños, y ordenó al ISS que les prestara la mejor asistencia integral y especializada que requirieran, sin que opusiera el argumento de que los servicios pedagógicos no se encontraban en el POS.

En la sentencia T- 518 de 2006, el Alto Tribunal estudió el caso de un padre que solicitó a su EPS el reconocimiento de un auxilio para cubrir la matrícula de su hijo autista en la Fundación Integrar (institución especializada en la educación de niños con retardo mental y autismo), ya que no tenía los recursos económicos para cubrir su educación. Esta Corporación sostuvo: “la salud de los niños se erige como un derecho fundamental, y que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra obligado a ofrecer un tratamiento integral encaminado a lograr la integración social del niño. En este sentido, debe ofrecerse al menor todos los medios que se encuentren al alcance con el fin de obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta, además, que este proceso puede tener ingredientes médicos y educativos, como podría presentarse en el caso de los niños autistas”. Así las cosas, la Corte reconoció que si bien el tratamiento solicitado a la EPS contenía ingredientes educativos, en virtud del

principio de integralidad del sistema de seguridad social en salud, la recuperación de los niños con autismo debía contener todos los elementos, por lo que ordenó al médico tratante, que determinara la institución más idónea y especializada para tratar la discapacidad del niño.

En la sentencia T-986 de 2008, la madre de un niño autista interpuso acción de tutela por considerar que la EPS a la que se encontraba adscrito su hijo, vulneró sus derechos fundamentales, al darle exclusivamente una atención farmacológica, sin que se haya sometido a tratamientos para mejorar sus condiciones básicas de vida. La madre del menor de edad solicitó que su hijo fuera inscrito en un programa acorde con el diagnóstico entregado, petición que fue desatendida por la EPS, bajo el argumento de que actualmente presta los servicios que requiere el niño. Ante esta situación, la Corte manifestó y decidió que: “Ahora bien, teniendo en cuenta que el médico tratante de la EPS, si bien ha indicado el beneficio que representaría someter al menor a un tratamiento integral, no ha especificado qué terapias o qué tratamientos serían adecuados en el caso concreto, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará a la EPS realice todas las gestiones necesarias para que el niño sea atendido por su médico tratante de la EPS quien deberá evaluar su situación actual e indicar, de manera específica, el contenido del tratamiento que debe recibir. En caso de que alguno de los contenidos específicos de ese tratamiento se encuentre excluido del POS, la EPS deberá gestionar la solicitud del médico tratante ante el Comité Técnico Científico de la entidad, en los términos de la sentencia T-760 de 2008, asegurando que en ningún caso el trámite para la autorización del tratamiento integral para el niño suponga una carga administrativa, ni de ningún tipo, para la familia del menor”.

17 En esta línea jurisprudencial se encuentra el siguiente pronunciamiento:

La Sentencia T-282 de 2008, en la que la Corte estudió el caso de una niña que padecía “síndrome de down”, y a quien la Alcaldía Municipal de Soacha no le quería renovar el convenio con la fundación en la que venía recibiendo sus terapias, alegando que no podía celebrar ningún contrato porque no se encontraba vigente la ley de garantías. La Corte sostuvo: “Pretender, como lo hace la Alcaldía Municipal de Soacha, que el servicio prestado por la fundación no hace parte del derecho a la educación de la menor pues se limita solamente a terapias cognitivas, desconoce plenamente el universo total que comprende el derecho a la educación de la población con discapacidad. La posibilidad de acceder

plenamente a la educación es parte integral de este derecho. Las terapias son un mecanismo indispensable para que la menor pueda eventualmente ejercer un goce efectivo y pleno de su derecho constitucional. El diseño institucional del Estado Social de Derecho no puede estar supeditado a interpretaciones incompletas del alcance del derecho para explicar una conducta censurable". En consecuencia, la Corte amparó los derechos fundamentales a la educación, a la vida, a la salud y a la seguridad de la niña, por lo que ordenó su inclusión en un programa de iguales características al convenio vigente; lo anterior en virtud de que consideró que el derecho a la educación puede abarcar aspectos que mejoren las condiciones de salud de los niños discapacitados.

18Artículo 10 del Decreto 366 de 2009