

Sentencia T-905/12

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Contenido y alcance

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha sido reiterativa acerca de su deber de proteger los derechos fundamentales de los niños, razón por cual en los casos en que se encuentra de por medio la salud de un niño, sin importar la edad que tenga, tiene derecho a recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, esto por el sólo hecho de ser un menor de edad. De igual manera, para el Estado deben prevalecer los derechos fundamentales de los niños, debido a su condición de vulnerabilidad física y mental; así mismo cuando la acción de tutela va encaminada a defender el derecho fundamental de la salud.

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

Se puede evidenciar que esta Corporación ha sido garantista en la protección del derecho a la educación sin que interese que en algunos eventos dicha garantía conlleve ingredientes del derecho a la salud, pues ha entendido que el derecho a la educación debe comprender todos los aspectos que propendan por el bienestar de los niños y niñas en situación de discapacidad.

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

Existe una serie de normas internas que propenden por la efectividad de los derechos fundamentales a la salud y a la educación inclusiva de las personas en situación de discapacidad, más cuando se trata de los niños y niñas, quienes son sujetos de especial protección constitucional. También desde el contenido de los instrumentos internacionales se ha reconocido la importancia de separar los distintos ámbitos de protección de los derechos para garantizar a las personas en situación de discapacidad el ejercicio pleno de los mismos. Por último, se observa cómo a partir de la normativa interna, de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia constitucional, se ha resaltado la importancia de garantizar a las personas en situación de discapacidad el acceso al sistema educativo en aulas regulares de estudio y, solo de manera excepcional, su inscripción en instituciones de

educación especial.

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Orden a EPS realizar nueva valoración médica y determinar el contenido de terapias
integrales

Referencia: expediente T- 3.543.953

Derechos Invocados: Salud, educación inclusiva y vida digna.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dos (2) de noviembre 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, Alexei Egor Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012) por la Sala Segunda de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que revocó la decisión de primera instancia proferida el trece (13) de abril de dos mil doce (2012) por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla, en el trámite de la acción de tutela incoada por Lucina María de la Cruz Santiago en representación de su hija, menor de edad, Sheila Dalila San Juan de la Cruz contra la Nueva EPS.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió, para

efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

1. Lucina María de la Cruz Santiago, solicita al juez de tutela que ampare los derechos fundamentales a la salud, la vida y a la dignidad humana de su hija Sheila Dalila San Juan de la Cruz, menor de edad, quien tiene “Síndrome de Down”, razón por la cual su médico tratante ordenó la realización de unas “Terapias Integrales”. En consecuencia, pide se ordene a la Nueva EPS, autorizar en forma inmediata la realización de las terapias que requiere para su tratamiento específico.

1. HECHOS

1. Señala la accionante que su hija tiene trece años de edad y desde su nacimiento tiene “síndrome de Down”, el cual no ha sido tratado de la mejor forma, en razón a su situación económica.

1. Añade que su médico tratante ordenó la realización de unas Terapias Integrales, pero estas han sido negadas por la EPS accionada toda vez que se encuentran por fuera del POS.

1. Refiere la actora que la EPS accionada solo ha autorizado terapias convencionales, con las cuales no se evidencia evolución alguna.

1. Por las razones anteriores, solicita que se ordene a la Nueva EPS que autorice en forma inmediata el PLAN TERAPEUTICO INTEGRAL que incluye equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, fonoaudiología ocupacional y educación especial, que requiere su hija menor de edad para mejorar su calidad de vida y sus condiciones de salud.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla, la admitió y, mediante auto del veintisiete (27) de marzo de dos mil doce (2012), ofició a la entidad tutelada, para que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, informara al Despacho todo lo relacionado con las razones que tuvo el accionante para instaurar la acción.

1. La nueva EPS, a través de apoderado judicial en escrito recibido el 9 de abril de 2012, dio respuesta a la tutela solicitando se negaran las pretensiones por los fundamentos que a continuación se exponen:

1. Indicó esta EPS que la niña Sheila Dalila, se encuentra afiliada en el Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud a través de la NUEVA EPS, en calidad de beneficiaria del señor Evelio San Juan, el cual reporta ingreso base de cotización de \$567.000, existiendo presunción legal de capacidad económica.

1. De igual forma, sostuvo que en ningún momento se ha negado a suministrar medicamentos, procedimientos y/o servicios POS y NO POS, por lo tanto, no existe incumplimiento por parte de la EPS.

1. Agregó que respecto a la solicitud de terapias integrales, la Nueva EPS indicó ser improcedente bajo los siguientes argumentos:

“...En primer lugar, si bien el médico tratante de la menor indica terapias integrales, las que se encuentran incluidas en el POS son terapia física, terapia de lenguaje, terapia ocupacional, atención por psicología, a las cuales puede acceder a través de su IPS Primaria Barranquilla Norte.

Sostuvo que son una Entidad Promotora de Salud, por lo que es obligación suministrar lo que se encuentre en los lineamientos del POS. El principio de libre elección siempre se encuentra ligado a que el médico tenga convenio con la EPS lo cual no ocurre en este caso.

En cuanto a las terapias solicitadas por la accionante, identificadas como equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, educación especial, neurodesarrollo, aclaró no poder ser suministradas por la EPS, al encontrarse excluidas del POS, en vista que son actividades de tipo educacional, según Acuerdo 029 de 2011 artículo 49 ítem 13.

Aclaró que el Ministerio de la Protección Social, a través de la Comisión Reguladora en Salud, según Acuerdo 08 de 2009 artículo 54 No. 9, 13 y 31, establece limitaciones y exclusiones del POS-C respecto de terapias como las pedidas por la actora.

Respecto a la educación especial, anotó que el Decreto 366 de 2009, en su artículo 3º establece que las Entidades Territoriales Certificadas, a través de la Secretaria de Educación, son las responsables de ofertar a la población discapacitada el servicio de educación; al respecto, la Ley 115 de 1994 artículo 46, establece la educación de personas con limitaciones cognitivas parte integrante del servicio público de educación, en éste sentido, el Decreto 2082 de 1996 en su artículo 2º establece que la atención educativa para personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales, será de carácter formal, no formal e informal, y será impartida en las instituciones educativas estatales y privadas no especiales.

En concordancia con lo anterior, la Ley 361 de 1997 artículo 10 señala que es deber del Estado Colombiano garantizar el acceso a la educación y la capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico para las personas con limitaciones, quienes para ello dispondrán de una formación integral dentro del ambiente mas apropiado a sus

necesidades especiales.

Precisa que la jurisprudencia Constitucional, también ha desarrollado ampliamente el tema de la educación especial en sentencias T-329 de 1997, T-620 de 1999, T-1134 de 2000, T-826 de 2004.

Por lo anterior, concluyó que el diagnóstico de la accionante se encuentra dentro de las discapacidades contempladas por la normatividad mencionada, por tanto, el servicios requerido corresponde garantizarlo a la Secretaria de Educación...” (Subrayado fuera del texto)

1. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Obran en el expediente, entre otras, las siguientes:

1. Copia de las órdenes médicas emitidas el 21 de marzo de 2012, por el Dr. Jesús Eduardo Ruiz Aguirre, médico neurólogo, donde prescribe a la menor de edad “terapias Integrales”. (Folios 17-19, cuaderno Nº 2).

1. Copia del Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Sheila Dalila San Juan De la Cruz. (Folio 20, cuaderno No. 2).

1. Copia de la tarjeta de identidad de la menor Sheila Dalila San Juan de la Cruz (Folio 21, cuaderno No. 2).

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Lucina María De la Cruz Santiago (Folio 22, cuaderno No. 2).

1. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: debida integración del contradictorio.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012), ordenó vincular al Ministerio de Educación Nacional, a la Secretaría Municipal de Educación de Barranquilla y a la Secretaría de Educación del Departamento de Atlántico en aras de salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso, ya que la decisión que se adoptara en esta Sala de Revisión podría afectar sus intereses.

Integrado debidamente el contradictorio y rendidos los informes del caso, la Sala resume las comunicaciones e intervenciones allegadas por la Secretaría General, al despacho del Magistrado Sustanciador:

1. Ministerio de Educación Nacional

Mediante oficio del 16 de octubre de 2012, la Dra. Sandra Li8liana Royo Blanco, Jefe de Oficina Asesora Jurídica Ministerio de Educación Nacional informó que la atención educativa de las personas con discapacidad o con necesidades educativas especiales es una obligación del Estado, según la Constitución política de Colombia, las Leyes 115 de 1994, 361 de 1997 y 715 de 2001, Decretos Reglamentarios 1860 de 1994 y 2082 de 1996 y la Resolución 2565 de 2003 entre otros, las normas anteriores se estructuran mediante las política pública (2003) y la política social (Conpes 80 de 2004).

A su vez, indicó la importancia de la política de educación inclusiva y su cobertura. Al respecto, señaló que esta educación consiste en garantizar a todos los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos, el derecho a la educación, independientemente de sus condiciones sociales, económicas, culturales, cognitivas y personales atendiendo lo establecido en las leyes del país. En este sentido, la política de calidad del Ministerio de Educación le apuesta a fortalecer instituciones educativas abiertas, donde todos puedan aprender, desarrollar competencias básicas y convivir pacíficamente.

Respecto la competencia en materia de prestación del servicio de educación a favor de

menores con discapacidad o necesidades educativas especiales, refirió lo siguiente:

“En cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 60 de 1993 el servicio público educativo se descentralizó y el Ministerio de Educación Nacional certificó a los departamentos que reunían los requisitos exigidos por la ley y le hizo entrega del personal docente y administrativo, de los establecimientos educativos y del manejo de los recursos para el pago de los mismos. En este acápite hizo referencia al Acto Legislativo 01 de 2001 que modificó los artículos 356 y 357 de la Constitución y a la Ley 715 de 2001 artículo 7.

Añadió que los niños y jóvenes que por su condición de discapacidad no puedan ser integrados a la educación formal, serán atendidos en instituciones oficiales o privadas, que desarrollen programas que respondan a sus necesidades. Esto se realizará mediante convenio, o a través de otras alternativas de educación que se acuerden con el Ministerio de protección social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o los Gobiernos Locales.

La secretaría de educación de la entidad territorial definirá la instancia o institución encargada de determinar la condición de discapacidad o de capacidad o talento excepcional, mediante una evaluación psicopedagógica y un diagnóstico interdisciplinario”.

Por último, indicó que por ser competencia de la entidad territorial certificada la prestación del servicio educativo, es esta la instancia responsable de organizar la inclusión de los estudiantes con hiperactividad o con déficit de atención, entre otras necesidades educativas especiales en instituciones de educación formal que desde su proyecto educativo institucional se comprometen con su atención en el marco de la política de mejoramiento institucional. En estas instituciones se implementan didácticas flexibles para su educación pertinente, así mismo por su condición el Sistema General de Seguridad Social en salud, debe participar en el diagnóstico y tratamiento tanto del déficit de atención más tratándose de menores, los cuales gozan de prevalencia en sus derechos frente al resto de las personas.

Por lo anterior, solicita desvincular al Ministerio de Educación Nacional de la presente acción, por ser la entidad territorial certificada en educación, la competente para atender la educación formal de las personas con discapacidad o necesidades educativas especiales en su territorio, a través de las instituciones que para el efecto contrate, previo el proceso establecido para el efecto, de conformidad con la ley, la constitución y los tratados

internacionales relativos a esta materia.

1. Secretaría de Educación del Atlántico

Mediante oficio del 16 de octubre de 2012, el Dr. Carlos Javier Prasca Muñoz, Secretario de Educación Departamental, indicó:

“La Ley 715 del 2001, consagró normas orgánicas en materia de recursos y competencias dentro del Sistema General de Participaciones, y es así como en el artículo 7 de dicho ordenamiento, el legislador se ocupó de definir las competencias a cargo de los Distritos y Municipios certificados en el sector de EDUCACIÓN y les atribuye la obligación de “Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad”, y así mismo les delega la función de “Ejercer la Inspección, vigilancia y supervisión de la educación en su jurisdicción”.

Ahora bien, la madre de la menor no aporta en el escrito de tutela la institución educativa a la cual asiste la niña, pero teniendo en cuenta la dirección anotada se deduce que su residencia se ubica dentro del distrito de Barranquilla, el cual se encuentra certificado en materia de educación, razón por la cual todos los Establecimientos Educativos que se encuentran dentro del mismo deben seguir las políticas y programas trazados por la Secretaría de Educación distrital de Barranquilla.

Es así como la secretaria de Educación Departamental del Atlántico, acorde a los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional, ha implementado una política de educación inclusiva que determina la transformación de las Instituciones Educativas para la adecuada atención en los establecimientos educativos oficiales de los Municipios no certificados, de la población con discapacidad, previendo los apoyos necesarios, la formación Docente, implementación de materias didácticos y flexibilidad curricular”.

1. Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla

Mediante oficio del 24 de octubre de 2012, el Dr. Jaime Luís Arias Fonseca, Asesor Jurídico

Externo de la Secretaría de educación, informó:

“[...] Para el manejo de niños y adolescentes con autismo o retrasos severos en el desarrollo cognitivo, existe entre otras opciones terapéuticas, la técnica de modificación de conductas conocidas comúnmente como terapias A.B.A. Esta metodología (Análisis Aplicado de la Conducta) es considerada por muchos expertos como el procedimiento terapéutico e integral más eficaz para lograr una mayor independencia y calidad de vida del paciente con discapacidad...

Esta Secretaría de Educación Distrital, considera que la aplicación de la metodología ABA en niños y jóvenes con Trastornos del espectro Autista (TEA) o Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD), tiene por objeto lograr un desarrollo armónico e integral, procurando en efecto, por una mayor independencia, calidad de vida, desarrollo de la personalidad y sobre todo garantizar el bienestar e inclusión social. Ello entonces, nos lleva a concluir que dicha metodología, se circunscribe en mayor proporción al núcleo esencial del derecho fundamental a la salud, muy a pesar de que las mismas, según ciertos críticos demandan en componente educativo [...]

... se observa en el caso analizado, que el Dr. Jesús Eduardo Ruiz Aguirre, especialista en Neurología y Neuropediatría, prescribió en formula médica calendada marzo 21 de 2012, la práctica de “Terapia Integral”.

De modo que, si dicho profesional especialista en la metería determinó la aplicación de las mencionadas terapias, presume esta Secretaría, que la menor las requiere para mejorar su calidad de vida. Así las cosas, se considera que el a-quo acertó con la decisión, sobre todo porque se cree que lo hizo para efectos de amparar el derecho a la salud de la menor.

Por lo anterior, solicito respetuosamente que de llegarse amparar el derecho a la salud de la menor representada por la señora LUCINA MARÍA DE LA CRUZ SANTIAGO, las ordenes deberían en efecto dirigirse contra la EPS donde se encuentra afiliada. Pues, es esa llamada u obligada jurídicamente para suministrar las terapias integrales que esta requiere.”

1. DECISIONES JUDICIALES

1. Decisión de primera instancia -Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla.

Mediante sentencia proferida el trece (13) de abril de dos mil doce (2012), el Juzgado Trece Civil del Circuito de Barranquilla, concedió el amparo constitucional al derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

Como consideraciones de esta decisión, es pertinente señalar que el juez, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, estableció que por tratarse de un menor de edad adquiere relevancia constitucional la protección de sus derechos. Agregó que si bien, de las formulas médicas se evidencia que el médico tratante no indica específicamente las terapias aludidas por la actora, y sólo se limita a expresar que la niña requiere terapia integral debido a la enfermedad que padece "síndrome de down", también de la respuesta emitida por la EPS, resulta evidente la prescripción de dichas terapias al manifestar: "...paciente de doce años de edad, quien presenta diagnostico de Síndrome de Down, a quien se indica por parte de su médico tratante terapias integrales...", siendo negadas por la EPS accionada al no estar incluidas en el POS.

En cuanto a la capacidad económica de la accionante, la misma, manifestó no tener recursos para el cubrimiento de las terapias de su hija, hecho que no fue controvertido por la EPS, no existiendo prueba siquiera sumaria de que efectivamente ésta pueda asumir el costo del tratamiento.

Concluyó éste Despacho judicial, que la parte actora acredita los requisitos para hacer efectivos los derechos fundamentales incoados.

1. Impugnación

Inconforme con la decisión de instancia, la entidad accionada, mediante escrito del 23 de abril de 2012, apeló la decisión del a quo, argumentando que el juez de primera instancia tuteló los derechos fundamentales invocados por la actora desconociendo los argumentos de defensa esbozados por la NUEVA EPS en el escrito de contestación, en donde se indica que la

solicitud realizada por la accionante es improcedente, en razón a que las terapias requeridas se encuentran excluidas del POS, de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 artículo 49 ítem 13 ya que son actividades de tipo educacional.

1. Decisión de segunda instancia- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla

Mediante sentencia proferida el dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, revocó la sentencia del A-quo, y en su lugar dispuso, no tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora Lucina María De la Cruz Santiago, en representación de su hija Shelia Dalía San Juan De la Cruz, contra la NUEVA EPS, al estimar que del estudio de la orden médica se establece “terapias integrales”, sin embargo, no es la accionante la indicada para determinar cuáles son las terapias que entran en ésta orden, siendo tal atribución únicamente del médico tratante, de allí que en ningún momento la Entidad accionada haya incumplido con la prestación del servicio de salud, puesto que la menor, ha recibido una serie de terapias encaminadas a mejorar su calidad de vida, de acuerdo, con los lineamientos del POS.

Es de tener en cuenta que la Corte Constitucional en diversas ocasiones se ha pronunciado respecto de terapias como las aquí solicitadas, pero para ello ha tenido en cuenta que el médico tratante había señalado taxativamente cuales terapias debía recibir el niño, requisito que no se cumple en este caso.

El a-quo en el proveído impugnado, concedió el amparo constitucional, ordenando a la EPS suministrar el tratamiento prescrito por el médico tratante, cuando lo solicitado por la accionante, es de forma específica que se ordene el plan terapéutico integral, que incluye equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, fonoaudiología ocupacional y educación especial, las cuales no han sido ordenadas taxativamente por el médico tratante.

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Lo descrito en precedencia evidencia que el problema jurídico que corresponde resolver a la Sala se circunscribe a determinar si existe vulneración del derecho fundamental a la salud, a la vida, a la educación y a la dignidad humana de la niña Cheila Dalila San Juan de la Cruz por la negativa de la EPS accionada para ordenar las TERAPIAS INTEGRALES que requiere para el tratamiento específico del “Síndrome de Down” que tiene.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala debe estudiar: primero, el derecho a la salud, segundo, la protección especial y el derecho a la salud de los niños y niñas, tercero, el derecho a la educación de los niños y niñas en situación de discapacidad, cuarto, el derecho a una educación inclusiva de los niños y niñas en situación de discapacidad y, quinto, analizar el caso concreto.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que:

“ la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social(...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad”.¹

De igual forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”²

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

En el mismo sentido, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preceptúa el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud, considerando que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”³

En nuestro ordenamiento colombiano, la Constitución Política consagra el derecho a la salud y a la seguridad social en el artículo 48, define el segundo “como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”

Teniendo en cuenta este mandato constitucional, en el año 1993 se expidió la Ley 100, mediante la cual se reglamentó el sistema de seguridad social con el fin de configurar entre otros, el sistema general en materia de Salud, así mismo desarrollar sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal⁴.

En un principio el derecho a la salud no tenía el carácter de fundamental, puesto que era

considerado esencialmente como un derecho prestacional; sin embargo, podía ser protegido por vía de tutela cuando su vulneración implicaba la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

Después de varios análisis, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”⁵

De igual manera, nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta⁶.

1. PROTECCIÓN ESPECIAL Y DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS, REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

Siguiendo con la línea de argumentación, es necesario hacer alusión a las múltiples formas de manifestación del derecho a la salud, dentro de las que encontramos el carácter fundamental que tiene la continuidad en los tratamientos de salud y la protección que merecen los sujetos que gozan de especial protección constitucional⁷, elemento este último que es pertinente para la solución del caso objeto de estudio, toda vez que la accionante es una niña de 13 años de edad que padece de Síndrome de Down y, requiere un plan terapéutico integral.

Al respecto, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha establecido que hay casos en los que la misma Constitución de 1991 es quien ha conferido una protección especial a ciertos grupos humanos que debido a sus condiciones particulares merecen una mayor protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, de las personas que se encuentran en estado de indefensión, de las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y de los grupos que han sido históricamente marginados, entre otros, para los cuales la protección de su derecho fundamental a la salud deviene reforzado.

La atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho.

Igualmente, en lo atinente al derecho a la salud y a la seguridad social de los niños, la Constitución Política en su artículo 44 consagra sus derechos como prevalentes sobre los derechos de los demás, razón por la cual dadas las condiciones específicas de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran los menores de edad y el interés constitucional que existe en cuanto a su protección, integridad y adecuado desarrollo, se autoriza la defensa inmediata de sus derechos, frente a quien de alguna manera pueda vulnerarlos o ponerlos en peligro. 8

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de 'fundamental',⁹ debe ser protegido de forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea vulnerado.¹⁰ Este postulado responde, además, a la obligación que se impone al Estado y a la Sociedad de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, CP). En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud.¹¹

En lo concerniente al derecho a la salud de los niños y niñas, esta Corporación lo ha interpretado, teniendo en cuenta los tratados internacionales en la materia y ha considerado que "la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales".¹²

Por otra parte es necesario resaltar que la Jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al

sostener que los niños son sujetos de especial protección constitucional, debido a la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se ve sometida la población infantil, razón por la cual se busca garantizar la protección integral de sus derechos en aras de dar cumplimiento al principio constitucional del interés superior de niño. Al respecto en la sentencia T- 417 de 2007 señaló:

“...es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.” 13

Además, los derechos a la salud y a la seguridad social, conforme a lo establecido en la sentencia T-760 de 2008, tienen el carácter de fundamental y autónomo. En esa oportunidad, la Corte manifestó:

“[...] el desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.” En esa misma oportunidad, la Corte reiteró el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños, e indicó que “debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.”

En resumen, de lo manifestado con anterioridad se puede concluir que esta Corporación ha sido reiterativa acerca de su deber de proteger los derechos fundamentales de los niños, razón por la cual en los casos en que se encuentra de por medio la salud de un niño, sin importar la edad que tenga, tiene derecho a recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, esto por el sólo hecho de ser un menor de edad. De igual manera, para el Estado deben prevalecer los derechos fundamentales de los niños, debido a su condición de vulnerabilidad física y mental; así mismo cuando la acción de tutela va encaminada a defender el derecho fundamental de la salud.

1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el derecho a la educación de los niños y las niñas es de carácter fundamental¹⁴ y, esta garantía es aún más reforzada, para aquella población que se encuentra en situación de discapacidad.

“ 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 extremo, esto 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. 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, esta 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.”¹⁶

De manera paralela a estas obligaciones, la jurisprudencia ha subrayado las obligaciones de los padres en la educación de los niños y niñas. De un lado, junto con el derecho que se les ha otorgado de escoger la institución educativa en la que desean que sean formados, y que la Corte ha entendido como parte de una opción cultural¹⁷, los padres tienen la obligación de inscribir a sus hijos e hijas menores de edad en alguna de las instituciones que conforman la oferta educativa, de acuerdo con las condiciones de accesibilidad garantizadas por el Estado...”

Siguiendo con el mismo lineamiento, en la Sentencia T-974 de 2010¹⁸ esta Corte manifestó que el derecho a la educación enmarca la garantía de acceso y permanencia en el sistema educativo, con la finalidad de que puedan ejercer de forma plena y efectiva los demás contenidos del derecho a la educación. De igual forma señala que la educación dirigida a las personas que se encuentran en situación de discapacidad debe ser preferentemente inclusiva y, la enseñanza especial debe ser la última opción en caso de que no sea posible su

inclusión en aulas regulares de estudio. Sobre el contenido esencial del derecho a la educación de las personas con discapacidad, esta Corporación ha indicado:

“(…)

para la Corte las personas con limitaciones psíquicas y físico sociales (i) gozan de la especial protección del Estado; (ii) 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; quiere decir que (iii) estas personas pueden reclamar directamente los contenidos fundamentales del derecho a la educación que derivan directamente de la Carta por vía de la acción de tutela.

Lo anterior implica el deber correlativo de las entidades estatales de (i) garantizar la disponibilidad, el acceso, la permanencia y la calidad en la prestación del servicio de educación¹⁹, los cuales deben suministrarse en condiciones de igualdad, y bajo la consideración de las condiciones especiales de las personas afectadas con dichas limitaciones, de tal forma que (ii) sus procesos de aprendizaje y socialización sean lo más parecido posible a los de cualquiera de los educandos que carecen de alguna discapacidad.”²⁰

Los anteriores lineamientos trazados por esta Corporación, son aplicables al caso de los niños que se encuentran en situación de discapacidad, los cuales tienen una protección constitucional aún más reforzada. Razón por la cual, se puede evidenciar que esta Corporación ha sido garantista en la protección del derecho a la educación sin que interese que en algunos eventos dicha garantía conlleve ingredientes del derecho a la salud, pues ha entendido que el derecho a la educación debe comprender todos los aspectos que propendan por el bienestar de los niños y niñas en situación de discapacidad.

Un ejemplo del anterior planteamiento se encuentra en la sentencia T-392 de 2011²¹, donde esta Corporación examinó el caso de un menor que padecía de “retardo psicomotor leve hipoxia perinatal” y la EPS accionada se negaba a realizarle las Terapias Integrales como hidroterapia, animalterapia, equinoterapia y musicoterapia, ordenadas por el médico tratante porque estas se encontraban por fuera del POS. En dicha oportunidad, esta Corporación protegió los derechos fundamentales del menor, pues consideró que la patología del menor (retardo psicomotor leve hipoxia perinatal) era una razón más que suficiente para protegerlo

especialmente por el estado de debilidad manifiesta en el que se encontraba, pues al no hacerlo se estaría ubicándolo en un plano de desigualdad que resulta inadmisibles a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política. Así que considerar que el tratamiento integral de las terapias es un asunto netamente educacional, resulta discutible por cuanto el menor padecía de “ retardo psicomotor leve hipoxia perinatal “ lo que lo ubica en un plano de especial protección constitucional ya que como lo corrobora el concepto del médico neuropediatra no adscrito a la EPS, tales terapias son indispensables para optimizar la estimulación de la función motora, en coordinación y equilibrio estático y dinámico, sensorial y cognoscitiva del menor, asunto concerniente a la salud del menor.

Siguiendo con el mismo lineamiento esta Corte en la sentencia T- 258A de 201222, estudió un asunto similar al que es objeto de estudio en esta oportunidad. En esa ocasión se examinó el caso de una menor que padecía de Síndrome de down y su médico tratante le ordenó la realización de Terapias de neurodesarrollo, acuaterapia, musicoterapia, hipoterapia, terapia miofuncional, terapia de lenguaje, terapia ocupacional e integración sensoriomotriz, con una frecuencia de 2 sesiones diarias por 20 días al mes, durante 3 meses, pero la EPS accionada se negó a prestar el servicio porque dichas terapias se encontraban por fuera del POS. En dicha oportunidad, la Corte amparó los derechos fundamentales del menor y ordenó a la entidad accionada realizar las terapias requeridas para mejorar su calidad de vida. Indicó que la jurisprudencia de esta Corte ha sido uniforme en deducir que la negativa de las empresas promotoras de salud a suministrar a menores de 18 años de edad servicios, intervenciones, tratamientos, elementos y medicamentos prescritos por el médico tratante y/o necesarios para preservar, mejorar o recuperar su salud y calidad de vida vulnera ostensiblemente sus derechos fundamentales, que en materia de salud deben ser atendidos, encuéntrase o no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud. De igual forma señaló que debe ser posible ofrecer al niño, niña o adolescente en situación de discapacidad lo que esté al alcance de las entidades promotoras del servicio público de salud, a fin de obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta, además, que en este tipo de procesos pueden existir medios científicos que comprobadamente coadyuven a la obtención de mejorías notorias en su salud, como es el caso de los tratamientos alternativos que la medicina contemporánea ha desarrollado para la rehabilitación y mejoría de los niños que padecen síndrome de Down.

Por otro lado, es evidente que existe una incertidumbre 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.

Una muestra de la anterior problemática, son aquellos eventos en los cuales las Empresas Promotoras de Salud consideran que un tratamiento sobrepasa la esfera de sus competencias y se ubica en la jurisdicción de las entidades territoriales que prestan el servicio público educativo. En estos casos surge el siguiente interrogante: ¿cuál es la entidad competente para la prestación del servicio solicitado?

Por un lado, esta Corporación ha cobijado el derecho a la salud integrando aspectos educativos, bajo el principio de la integralidad del tratamiento 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 en situación de discapacidad²³.

No obstante, ha sido una forma de proteger los derechos de esta población en razón a la protección constitucional reforzada de que son sujetos, de acuerdo con los últimos lineamientos internacionales, la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la educación de los niños y niñas en situación de discapacidad debe realizarse de forma independiente, aunque operan de forma armónica e interrelacionada.

En resumen, la Corte Constitucional ha establecido la importancia de reconocer de forma independiente el contenido de los derechos a la salud y a la educación de los niños y niñas en situación de discapacidad sin desconocer la interrelación que debe operar entre los dos sistemas.

1. EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD

En lo concerniente al derecho a la salud de los niños y niñas, el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño estableció:

“La consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente...”

Se puede afirmar que el derecho a la salud no solamente se circunscribe a la atención de una dolencia física sino que también incluye el concepto de bienestar en un sentido amplio con todos aquellos componentes que eleven el nivel de vida de las personas y, de manera especial, de los niños y niñas, atendiendo al principio del interés superior que debe primar en la interpretación y aplicación de sus derechos.

Desde el punto de vista del derecho a la educación de las personas que se encuentran en situación de discapacidad, la regla general es garantizar el acceso al sistema educativo en aulas regulares de estudio, es decir, a una educación incluyente. La educación especial debe ser la última opción, debe operar de forma excepcional.

La educación inclusiva tiene gran importancia, lo que puede observarse en el desarrollo de la normativa interna, los tratados internacionales de Derechos Humanos sobre personas con discapacidad y su incidencia en la jurisprudencia constitucional, como a continuación se presenta:

1. Normas Internas

Sobre el derecho a una educación inclusiva de los niños y niñas en situación de discapacidad, existe un amplio desarrollo normativo en nuestro país. Al respecto, la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, sobre la inclusión de las personas con discapacidad al sistema educativo, en su artículo 46 estableció:

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

El Decreto 2082 de 1996 reglamentó las normas de la Ley General de Educación de 1994 y

dispuso que las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios) debían introducir gradualmente la atención educativa a la población que presentara algún tipo de discapacidad y que antes del 8 de febrero de 2000, las instituciones educativas debían adecuar los planes educativos institucionales para cobijar a las personas que se encontraran en alguna situación de discapacidad.

De otro lado, la Ley 361 de 1997, que se fundamentó en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política, estableció mecanismos de integración social y adoptó medidas sobre la prevención, la educación y la rehabilitación de las personas en situación de discapacidad.

En la misma línea fue expedido el Decreto 366 de 2009 que reglamentó la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes en situación de discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales en el marco de la educación inclusiva. Este decreto contempla dentro de sus principios generales garantizar el derecho a la igualdad, evitando cualquier tipo de discriminación por razón de la discapacidad.

La pertinencia de las normas anteriormente citadas radica en que el Estado debe brindar todos los medios adecuados para garantizar el ejercicio del derecho a la educación inclusiva de las personas en situación de discapacidad y con capacidades o talentos excepcionales. El artículo 3° de dicho decreto reglamenta al respecto:

“RESPONSABILIDADES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES CERTIFICADAS. Cada entidad territorial certificada, a través de la Secretaría de Educación, organizará la oferta para la población con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales, para lo cual debe:

1. Determinar, con la instancia o institución que la entidad territorial defina, la condición de discapacidad o capacidad o talento excepcional del estudiante que lo requiera, mediante una evaluación psicopedagógica y una caracterización interdisciplinaria.

La instancia o institución competente que la entidad territorial designe para determinar la condición de discapacidad o capacidad o talento excepcional entregará a la Secretaría de Educación, antes de la iniciación de las actividades del correspondiente año lectivo, la información de la población que requiere apoyo pedagógico.

1. Incorporar la política de educación inclusiva en las diferentes instancias y áreas de la secretaría de educación y definir una persona o área responsable de coordinar los aspectos administrativos y pedagógicos necesarios para la prestación del servicio educativo a estas poblaciones.

(...)

5. Prestar asistencia técnica y pedagógica a los establecimientos educativos que reportan matrícula de población con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales en lo relacionado con el ajuste de las diversas áreas de la gestión escolar, para garantizar una adecuada atención a los estudiantes allí matriculados y ofrecerles los apoyos requeridos.

(...)

9. Comunicar al Ministerio de Educación Nacional el número de establecimientos educativos con matrícula de población con discapacidad y población con capacidades o con talentos excepcionales, con dos fines: a) Ubicar en dichos establecimientos los recursos humanos, técnicos, tecnológicos y de infraestructura requeridos, y b) Desarrollar en dichos establecimientos programas de sensibilización de la comunidad escolar y de formación de docentes en el manejo de metodologías y didácticas flexibles para la inclusión de estas poblaciones, articulados a los planes de mejoramiento institucional y al plan territorial de capacitación.”(Negrilla y Subrayado fuera del texto).

De igual manera, el decreto en mención, establece lo atinente a la prestación del servicio educativo para las personas con discapacidades, entre éstas la cognitiva, y se refiere a la formación de los docentes dedicados a la educación de las personas en situación de discapacidad o con capacidades o talentos excepcionales y la adecuación de los planes de estudio en procura de hacer efectivo el derecho a una educación inclusiva.

Teniendo en cuenta la normativa interna sobre los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad, se observa que el Estado colombiano se ha esforzado en el cumplimiento de la obligación que trae la Convención (CDPD) acerca del deber que tienen todos los Estados de efectuar los ajustes razonables para la realización efectiva de los

derechos humanos de las personas en situación de discapacidad, que también incluye los sistemas de salud y educación, por lo menos desde el punto de vista normativo.

1. Instrumentos Internacionales

El 13 de diciembre de 2006, Colombia aprobó la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya ley aprobatoria, Ley 1346 del 31 de julio de 2009, fue declarada exequible mediante sentencia C-293 del 21 de abril de 2010²⁴. Esta Convención señala acerca del derecho a la educación y a la salud inclusiva lo siguiente:

“ARTÍCULO 24. EDUCACIÓN.

1. 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 (...)

ARTÍCULO 25. SALUD.

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud...”

Si bien éste no es el único tratado internacional que se refiere a las personas en situación de discapacidad, es importante resaltar su relevancia como instrumento de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, el cual introduce una serie de pautas sustanciales para abordar esta realidad que siempre ha estado presente en

la sociedad y proscribire cualquier práctica, por acción u omisión, discriminatoria. Por ejemplo, la Convención aborda de manera independiente el derecho a la salud y el derecho a la educación de esta población, aunque reconoce su interrelación.

1. Jurisprudencia constitucional

Respecto a la educación especial, no puede dejar esta Sala de advertir que, de acuerdo con la normatividad vigente, las reglas jurisprudenciales delineadas por esta Corporación y los tratados internacionales sobre las personas en situación de discapacidad, ésta debe considerarse como la última opción y más bien debe propenderse por una educación inclusiva en aulas regulares de estudio.

En resumen, debe preferirse una educación inclusiva a una educación especial, pues ésta última tiene elementos segregacionistas frente a las personas en situación de discapacidad, mientras que la inclusión fortalece principios constitucionales como la igualdad, el pluralismo, la diversidad, y la tolerancia.

En esta perspectiva, la Corte ha reiterado la importancia de que los niños que tengan algún tipo de discapacidad reciban educación en aulas regulares de estudio. Sobre este punto, la sentencia T-620 de 199925 acerca de la educación especial determinó que debía ser considerada como la última opción, al respecto expresó:

“Después de ponderar situaciones concretas en las que se discutía la necesidad de una educación especial para los menores, varias sentencias de la Corte Constitucional²⁶, permiten deducir las siguientes subreglas:

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 extremo, esto 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.

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, esta 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.”

Siguiendo con la misma línea jurisprudencial, la sentencia T-443 de 200427, acerca de los efectos negativos de una política de educación excluyente, estableció:

“...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...”

Igualmente, la sentencia T-826 de 200428 apoyó la inclusión educativa, en los siguientes términos:

“El gran cambio frente a la discapacidad de las últimas décadas ha consistido precisamente en reconocer ese hecho elemental, a saber, que ‘un medio social negativo puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad.²⁹ Y la conclusión obvia es que es entonces necesario transformar esos entornos sociales discriminatorios e intolerantes en ambientes favorables a la integración y al desarrollo con dignidad de los discapacitados”³⁰

En conclusión, existe una serie de normas internas que propenden por la efectividad de los derechos fundamentales a la salud y a la educación inclusiva de las personas en situación de discapacidad, más cuando se trata de los niños y niñas, quienes son sujetos de especial

protección constitucional. De dicha normatividad puede destacarse la importancia en las precisiones de lenguaje (el cual ayuda a consolidar realidades) y en especial el abandono del antiguo término 'personas discapacitadas' y su reemplazo por el de persona en situación de discapacidad, expresión última que cobija una condición inherente al ser humano y que debe asumirse como tal. Partiendo de esta precisión de lenguaje, se ha avanzado en la construcción de un entorno en donde se entiende que la discapacidad no es una enfermedad sino una realidad y, en consecuencia, no sólo debe ser abordada desde el punto de vista médico, en su faceta de rehabilitación e inter-dependencia, sino desde un cambio profundo en la conciencia social, desde el cual se acepte y se comprenda a la persona con discapacidad.

También desde el contenido de los instrumentos internacionales se ha reconocido la importancia de separar los distintos ámbitos de protección de los derechos para garantizar a las personas en situación de discapacidad el ejercicio pleno de los mismos.

Por último, se observa cómo a partir de la normativa interna, de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia constitucional, se ha resaltado la importancia de garantizar a las personas en situación de discapacidad el acceso al sistema educativo en aulas regulares de estudio y, solo de manera excepcional, su inscripción en instituciones de educación especial.

1. CASO CONCRETO

1. Resumen

Tal y como se indicó en los antecedentes, la señora Lucina María de la Cruz Santiago, solicita al juez de tutela que ampare los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de su hija Sheila Dalila San Juan de la Cruz de 13 años de edad, quien padece de "Síndrome de Down", por considerar que la Nueva EPS los ha vulnerado al no autorizar el Plan Terapéutico Integral que incluye equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, fonoaudiología ocupacional y educación especial, por encontrarse por fuera del plan

obligatorio de Salud – POS. Al respecto manifestó la accionada:

“... si bien el médico tratante de la menor indica terapias integrales, las que se encuentran incluidas en el POS son terapia física, terapia de lenguaje, terapia ocupacional, atención por psicología, a las cuales puede acceder a través de su IPS Primaria Barranquilla Norte.

Sostuvo que son una Entidad Promotora de Salud, por lo que es obligación suministrar lo que se encuentre en los lineamientos del POS. El principio de libre elección siempre se encuentra ligado a que el médico tenga convenio con la EPS lo cual no ocurre en este caso.

En cuanto a las terapias solicitadas por la accionante, identificadas como equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, educación especial, neurodesarrollo, aclaró no poder ser suministradas por la EPS, al encontrarse excluidas del POS, en vista que son actividades de tipo educación, según Acuerdo 029 de 2011 artículo 49 ítem 13...”

El Juez Trece Civil del Circuito de Barranquilla en primera instancia concedió el amparo solicitado y ordenó a la EPS accionada realizar las terapias requeridas por la menor. Si bien el juez de primera instancia protege el derecho a la salud de la niña, sigue el paradigma médico rehabilitador, porque solo se limita a proteger el derecho a la salud de la menor de edad, sin tener en cuenta los aspectos educativos que también deben ser protegidos a través del amparo del derecho a la educación inclusiva.

Por el contrario, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla revocó la decisión de instancia y negó la protección solicitada por considerar que la EPS accionada no ha incumplido con la prestación del servicio de salud, puesto que la menor ha recibido una serie de terapias encaminadas a mejorar su calidad de vida, pero de acuerdo a los lineamientos del POS. Añade que del estudio de la orden médica se establece “Terapias Integrales”, sin embargo no es la accionante la indicada para determinar cuáles son las terapias que entran en este orden, siendo tal atribución exclusivamente del médico tratante.

1. Examen de procedencia

1. Subsidiariedad e Inmediatez

En diversas ocasiones, la Corte Constitucional ha establecido como regla general que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la educación de los niños y niñas con que se encuentran en situación de discapacidad.

En el caso objeto de estudio se encuentra acreditado que la niña Sheila Dalila San Juan de la Cruz de trece (13) años de edad, tiene Síndrome de Down y necesita que se le realice el Plan Terapéutico Integral que incluye equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, fonoaudiología ocupacional y educación especial para el manejo de su discapacidad y mejorar su calidad de vida.

Por lo tanto, en virtud de su condición de sujeto de especial protección constitucional y, ante la inexistencia de otros mecanismos ordinarios que garanticen efectivamente la defensa de los derechos invocados, la acción de tutela se abre paso como el mecanismo idóneo para invocar el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la educación.

En cuanto al principio de inmediatez, se encuentra acreditado, toda vez que la orden de Terapias Integrales emitida por el médico tratante es del 12 de marzo de 2012 y, el actor presento la acción de tutela el 27 de marzo de 2012, ante la negativa de la EPS accionada de prestar el servicio requerido por la menor Sheila Dalila.

1. Legitimación en la causa por activa

En el caso sub examine se observa que la señora Lucina María de la Cruz Santiago interpuso la acción de tutela en calidad de madre de la niña Sheila Dalila San Juan de la Cruz, razón por la cual, la Sala encuentra que en virtud del artículo 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra legitimada para representar los intereses de la menor de edad, con mayor razón si se tiene en cuenta que la menor padece de "Síndrome de Down" y requiere el tratamiento para mejorar su calidad de vida.

1. Legitimación por pasiva

En el caso sub examine se demandó a la NUEVA EPS; así mismo, en sede de revisión, mediante Auto del cuatro (4) de octubre de 2012 se vinculó a la Secretaría de educación de Barranquilla, a la secretaria de educación del atlántico y al Ministerio de Educación Nacional.

Además, en este caso la legitimación por pasiva también está dada porque tanto las Secretarías de Educación como la EPS accionada, 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. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la niña Sheila Dalila San Juan de la Cruz

Teniendo en cuenta que la Nueva EPS negó las terapias solicitadas por la madre de la niña (equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, fonoaudiología ocupacional y educación especial) y prescritas por su médico tratante, por considerar que estas se encontraban por fuera del POS y contienen componentes educativos que traspasan la esfera de los servicios en salud que ofrece la EPS, y en consecuencia, que dicho servicio le corresponde prestarlo a las instituciones estatales encargadas de prestar el servicio público educativo.

En vista de lo anterior, esta Sala de revisión estudiará si de conformidad con las preceptivas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos que regulan el tema, la EPS accionada, vulneró el derecho fundamental a la salud de la menor de edad y además si por este hecho resultaron afectados otros derechos superiores como la educación.

En un principio, observa la sala que la EPS señala que quien solicita las terapias denominadas equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, fonoaudiología ocupacional y educación especial, es la madre de la niña y, el médico tratante solo rotula en la orden médica "Terapias Integrales". La negativa de la EPS de prestar el servicio se debe a que este se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud y además, contiene componentes educativos que escapan de la órbita del Derecho a la Salud.

De lo anterior surge el siguiente interrogante: ¿Puede la EPS accionada liberarse de la

responsabilidad de prestar el servicio solicitado por la accionante y prescrito por el médico tratante de la niña para mejorar su calidad de vida, argumentando que las terapias requeridas se encuentran por fuera del POS y tienen un componente educativo que excede la esfera de su competencia?

Para dar respuesta al interrogante planteado, es necesario recordar que cuando se trata de niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad, el derecho a la salud debe garantizarse de manera integral, aún respecto de aquellos tratamientos catalogados como no-POS. 31

De igual forma, la integralidad del servicio de salud debe entenderse como la prestación de todos los servicios que los niños y niñas requieran para el mejoramiento de su calidad de vida. En el caso objeto de estudio, la niña Sheila Dalila, padece de “Síndrome de Down” y, requiere de las mencionadas terapias para mejorar su calidad de vida, razón por la cual, todo diagnóstico, tratamiento y terapias, tendientes a mejorar las limitaciones físicas, síquicas, emocionales o sensoriales, constituye un deber de quienes se encargan de la prestación del servicio público de salud y, si ésta desconoce el principio de integralidad, corresponde a las autoridades judiciales competentes salvaguardar los derechos fundamentales de la menor de edad.

Por lo anterior, es necesario que la Nueva EPS, a través de sus profesionales en salud, realice una nueva valoración y determine el contenido de “Terapias Integrales”, esto con la finalidad de determinar los servicios y terapias que están a cargo de la EPS, ya que no se pueden relevar a otras instituciones de sus labores.

Por otro lado, en lo concerniente al componente educativo que tiene las terapias solicitadas. No es dable que la Secretaria de Educación de Barranquilla omita el deber que por ley se le ha otorgado de atender las necesidades educativas de las personas que se encuentran en situación de discapacidad, protección que se refuerza aún más cuando se trata de menores de edad. Es importante recordar que el Decreto 366 de 2009, reiteró la obligación que tiene el Estado de brindar los medios adecuados para garantizar el ejercicio del derecho a la educación inclusiva de las personas que se encuentran en situación de discapacidad. De igual forma, el decreto en mención en su artículo 3 colocó en cabeza de las entidades territoriales certificadas, como ocurre con la ciudad de Barranquilla, la obligación de

organizar a través de la secretaría de educación la oferta para la población con discapacidad o con talentos excepcionales, entre los deberes que indicó se encuentran, entre otros: “Incorporar la política de educación inclusiva en las diferentes instancias y áreas de la secretaría de educación y definir a una persona o área responsable de coordinar los aspectos administrativos y pedagógicos necesarios para el servicio educativo de estas poblaciones...”

Cabe advertir que la normatividad nacional actual, Decreto 366 de 2009 y los instrumentos internacionales acerca de la protección que debe brindarse a la población que se encuentra en situación de discapacidad es clara: existen diferencias entre la atención integral en salud y el derecho a la educación, pero ello no implica que los dos sistemas no brinden su cooperación para promover la realización efectiva de los derechos fundamentales. Se reitera que aunque en el caso concreto el derecho a la salud y el derecho a la educación se interrelacionan y se complementan, cada una de estas áreas debe ser atendida por la entidad competente. Lo anterior obedece a que la discapacidad no sólo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca, tratándose de la hija de la accionante, el reconocimiento del derecho a una educación inclusiva.

Es decir, en este caso existe una corresponsabilidad entre dos entidades que prestan servicios públicos diferentes, pues la Nueva EPS debe prestar el servicio de salud de forma integral en orden a mejorar la calidad de vida de la menor Sheila Dalila San Juan de la Cruz y, la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, de forma subsidiaria y correlativa, deben garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva de la niña.

De igual forma con el apoyo de la Secretaría de Educación del Atlántico, la Secretaría de Educación distrital de Barranquilla, debe elegir en que institución puede ejercer su derecho a la educación la niña.

Acerca de la falta de competencia para atender la solicitud elevada por la accionante, esta Sala considera que aunque es cierto que la educación inclusiva es una responsabilidad principalmente de las autoridades educativas territoriales, en casos como el presente, es deber de las EPS (i) informar a los pacientes cuál es la autoridad responsable y (ii) acompañarlos durante la presentación y trámite de la solicitud respectiva ante tales autoridades.

Además, las EPS deberán articular sus esfuerzos con los de las autoridades educativas, con el

fin de lograr el bienestar y la integración de los niños con discapacidad.

1. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta que quedó acreditada la necesidad de realizar una nueva valoración médica a la niña Sheila Dalila San Juan de la Cruz y, determinar el contenido de “Terapias Integrales”, la Nueva EPS deberá ponerse en contacto con los pedagogos de la Secretaría de Educación respectiva y determinar qué aspectos en salud y en educación requiere la niña de acuerdo a su discapacidad.

Ahora bien, todo lo relacionado con la esfera del derecho a la salud deberá brindarse a través de la EPS en virtud del principio de la integralidad del tratamiento. Los aspectos que se circunscriban al derecho a la educación deberán ser atendidos por la entidad competente, que en este caso sería la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla. En todo caso, como el servicio fue solicitado ante la Nueva EPS, es esta entidad la obligada a informarle a Sheila Dalila San Juan de la Cruz, a través de su representante legal, cuál es la entidad encargada de prestarle el servicio educativo y acompañarla durante el trámite de la solicitud respectiva.

Por su parte, la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla y la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico deben determinar la Institución Educativa que de acuerdo a su Plan Educativo Institucional (PEI) garantice de mejor manera el derecho a la educación inclusiva en aulas regulares de estudio a la niña Sheila Dalila San Juan de la Cruz, atendiendo el tipo de discapacidad que tiene, previa evaluación por profesionales expertos en educación inclusiva.

Desde otro punto de vista, de acuerdo con la información que reposa en el plenario y las pruebas allegadas al mismo, se advierte que no existe un trabajo armónico entre los sectores de salud y educación sobre la manera cómo deben protegerse los derechos de las personas con discapacidad, hecho que limita el ejercicio de las garantías de esta población como sujetos plenos, titulares de derechos.

Por lo anterior, debe instarse al Ministerio de Educación Nacional y al Ministerio de la

Protección Social para que establezcan una mesa de trabajo, la cual deberá conformarse con la participación de la Procuraduría General de la Nación y con miembros de la sociedad civil como por ejemplo instituciones educativas que tengan observatorios y/o grupos de investigación sobre los derechos de las personas con discapacidad y en otras áreas del conocimiento, ONG's, asociaciones de padres de familia que tengan hijos con discapacidades, entre otras, con el fin de que adopten las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, y para asegurar la realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en especial de los niños y niñas. Para ello las entidades deberán:

(i) definir sus competencias para brindar la atención requerida por la población en circunstancias de discapacidad, (ii) realizar los ajustes razonables de sus políticas (adecuación) para la efectiva protección de los derechos humanos de esta población, (iii) fijar el trámite a seguir por las EPS ante la respectiva Secretaría de Educación, en caso de verificar que no son competentes para procurar el servicio que se les solicita, (iv) establecer mecanismos de información y acompañamiento a las personas en situación de discapacidad que requieran servicios educativos, y (iv) realizar los demás aspectos pertinentes para asegurar desde los sistemas públicos de salud y educación los derechos humanos de la población en circunstancia de discapacidad.

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 la sentencia de tutela proferida el día dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en cuanto negó la acción de tutela interpuesta por Lucina María de la Cruz Santiago, en representación de su hija menor de edad Sheila Dalila San Juan de la Cruz, contra la Nueva EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la educación inclusiva y a una vida digna, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Nueva EPS que en el término de diez (10) días contados a partir de

la notificación de esta sentencia, a través de sus profesionales en salud, realice una nueva valoración médica a SHEILA DALILA SAN JUAN DE LA CRUZ y, determine el contenido de "TERAPIAS INTEGRALES", para lo cual deberá:

- a) Ponerse en contacto con los pedagogos de la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla y subsidiaria y correlativamente con la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico.
- b) Determinar qué aspectos en salud y en educación requiere la niña de acuerdo a su discapacidad.

Se aclara que todo lo relacionado con la esfera del derecho a la salud deberá brindarse a través de la EPS en virtud del principio de integralidad del tratamiento. Los aspectos que se circunscriban al derecho a la educación deberán ser atendidos por la entidad competente. En todo caso, como el servicio fue solicitado ante la Nueva EPS, es ésta quien está obligada a informarle y acompañar a Sheila Dalila San Juan de la Cruz, a través de su representante legal, cuál es la entidad encargada de prestarle el servicio educativo.

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 PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

2 Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales art. 12.

4 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

5 Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

6 C. P. art. 13.

7 Véase la Sentencia T- 898 de 2010. MP., Dr. Juan Carlos Henao Pérez

8 T- 084 de 2011 MP, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

9 Sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999.

10 Ver entre otras, las sentencias T-075 de 1996, SU-225 de 1998, T-236 de 1998, T-286 de 1998, T-453 de 1998, T-514 de 1998, T-556 de 1998, T-784 de 1998, T-796 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-119 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000, T-610 de 2000, T-622 de 2000, T-1430 de 2000.

11 Sentencia T-860 de 2003.

12 Sentencia T- 893 de 2010, MP, Dra. Maria Victoria Calle Correa

13 MP, Dr. Álvaro Tafur Galvis

14 Cfr. sentencias C-376/10, T-1228/08, T-1030/06, T-787/06, T-324/94 y T-492/92, entre otras.

15 MP, Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

16 T-620/99. Ver también las sentencias T-022/09, T-816/07, T-608/07 y T-826/04.

17 Cfr. sentencias T-642/01, SU-624/99 y T-064/93.

18 MP, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

“19 Estos criterios fueron definidos como componentes del derecho a la educación por parte de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación en “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe Preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la Educación” presentado de conformidad con la Resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de enero de 1999. E/CN.4/1999/49. Párrafo 42. Desde que fueron definidos, estos criterios han sido utilizados por esta corporación en abundante jurisprudencia como criterios de interpretación en los temas relacionados con el derecho a la educación.”

20 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-022 del 29 de enero de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

21 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

22 MP, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

24 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

25 M.P. Alejandro Martínez Caballero

“26 Pueden verse las sentencias T-429 de 1992, T-036 de 1993, T-298 de 1994, T-329 de 1997 y T-513 de 1999.”

27 MP, Dra. Clara Inés Vargas Hernández

28 M.P, Dr. Rodrigo Uprimny Yepes

“29 Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2003. Fundamento 3.2.”

30 M.P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes

31 Sentencia T-974 de 2010, MP, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.