

Sentencia T-974/10

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Caso en que EPS niega prestación de servicio de educación especial en Fundación Integral a niña con discapacidad, aduciendo que este servicio excedía la cobertura del servicio de salud y no tener convenio con ésta

NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Sujetos de especial protección constitucional

Todos los niños y niñas gozan de una protección constitucional especial por mandato directo de la Constitución. Tratándose de los niños y niñas con discapacidad, esta protección es aún más reforzada. Para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, se ha reconocido que debido a la discriminación histórica a la que ha sido sometida esta población, el Estado tiene el compromiso de adelantar acciones efectivas para desarrollar el postulado del derecho a la igualdad con el fin de promover el ejercicio pleno de sus derechos. 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.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Derecho preferente en virtud del principio de integralidad

La integralidad del sistema de salud abarca toda la atención requerida por un paciente para el tratamiento de su enfermedad, sin que sea oponible en el caso de los sujetos de especial protección, como por ejemplo los niños y niñas, que dicho servicio se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud. Sobre la protección del derecho a la salud, es pertinente advertir que en aquellos eventos en los cuales los peticionarios han solicitado un tratamiento integral para un menor de edad con alguna limitación cognitiva, física o sensorial, en una institución específica, el cual ha sido negado por las Empresas Promotoras de Salud que oponen como razón que dicho servicio escapa a la órbita de su competencia o que no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho a la salud de los niños y niñas con discapacidades puede contener ingredientes educativos. La Corte Constitucional ha protegido el derecho fundamental a la salud de los niños y niñas con discapacidad, aduciendo que este derecho preferente puede contener ingredientes educativos, los cuales se entiende que hacen parte del proceso de rehabilitación del paciente, con base en el principio de integralidad del sistema de salud.

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Deber ser preferentemente inclusiva, enseñanza especial debe ser la última opción en caso de que no sea posible ubicación en aulas regulares

DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA EDUCACION-Garantías superiores que apoyan de forma independiente el desarrollo integral de los niños y niñas discapacitados/DISCAPACIDAD-Condición que no debe ser entendida como sinónimo de enfermedad/DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA EDUCACION-Ambitos de protección diferentes

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

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 de la niña María Alejandra, quien tiene discapacidad cognitiva, 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, en el caso concreto de Coomeva EPS, y si ésta desconoce el principio de integralidad, corresponde a las autoridades judiciales competentes salvaguardar los derechos de la hija de la actora.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los niños y niñas que tienen discapacidades

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Protección de derechos fundamentales a la salud y a la educación de menor con discapacidad

ACCION DE TUTELA-Orden a EPS de realizar valoración médica e interdisciplinaria para determinar qué aspectos en salud y educación requiera la niña de acuerdo a su discapacidad

ACCION DE TUTELA-Ordenar a la Secretaría de educación Municipal determinar acceso a institución educativa y garantizar el derecho a la educación inclusiva en aulas regulares atendiendo el tipo de discapacidad de la menor

Referencia: expediente T-2.500.563

Acción de Tutela instaurada por Piedad Cristina Peña Delgado en representación de su hija María Alejandra Villa Peña Contra Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diez (2010)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, 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 los fallos proferidos por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, el 25 de septiembre de 2009 y, el Juzgado

Dieciocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, el 11 de noviembre de 2009, en la acción de tutela incoada por Piedad Cristina Peña Delgado en representación de su hija, menor de edad, María Alejandra Villa Delgado contra Coomeva EPS.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Dos 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

La accionante Piedad Cristina Peña Delgado instauró acción de tutela en contra de la EPS Coomeva, por considerar que está vulnerando los derechos fundamentales de su hija menor de edad, María Alejandra Villa Peña, a la salud, a la vida digna y al desarrollo integral y armónico de los niños en situación de discapacidad, por negarse a cubrir el tratamiento integral que ésta requiere y, además, por no autorizar su atención a través de una institución especializada en el área de discapacidad cognitiva.

1. HECHOS RELATADOS POR LA ACTORA:

1.2.1 Sostiene la peticionaria que después de una serie de exámenes practicados a su hija durante los años 2004 a 2008, en las especialidades de fonoaudiología, otorrinolaringología y neurología, fue diagnosticada con retardo en el desarrollo del lenguaje, hiperactividad y microcefalia.

1.2.2 Relata la actora que en septiembre de 2008, María Alejandra fue valorada mediante consulta particular en la Fundación Integrar de Medellín, entidad especializada en la atención de personas con discapacidad cognitiva. Dicha institución concluyó que la niña manifestaba discapacidad intelectual con un funcionamiento global de tres años y medio, para lo cual recomendó que María Alejandra recibiera educación regular en una institución inclusiva. También sugirió el programa de apoyo en la Fundación Integrar.

1.2.3 Posteriormente, el 22 de noviembre de 2008, la niña María Alejandra Villa Peña fue calificada con un 58.3 % de pérdida de capacidad laboral de origen común por la EPS Comfenalco.

1. Cuenta que el 8 de mayo de 2009, la niña fue atendida por la neuróloga pediatra Claudia Natasha Sinisterra Paz, adscrita a Coomeva EPS, por intermedio del Instituto Cardio-neuro-vascular, quien diagnosticó déficit cognitivo y microcefalia y recomendó un programa integral de terapias y educación especial.

1.2.5 Con base en lo relatado anteriormente, la actora solicitó a la EPS Coomeva mediante un derecho de petición, le brindará a su hija un tratamiento integral y especializado para discapacidad cognitiva en el programa “Apoyo a la Inclusión de la Fundación Integrar” al cual María Alejandra venía asistiendo hasta el mes de abril de 2008, por recomendación de las evaluadoras de dicha institución y de la pediatra Sinisterra Paz. También solicitó la exoneración del pago de la cuota moderadora y de los copagos.

1.2.6 Señala la peticionaria que el 13 de mayo de 2009, la EPS Coomeva respondió que la solicitud correspondía a un servicio de tipo educativo que escapaba a su ámbito de cobertura.

1. Por último, sostiene que ante la imposibilidad de seguir asumiendo de forma particular los costos que acarrea el tratamiento requerido por María Alejandra, es deber de Coomeva EPS y del Estado subsidiar dicha atención para garantizar el bienestar de una niña con discapacidad.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Radicada la acción de tutela el 9 de septiembre de 2009, el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, la admitió y ordenó correr traslado al representante legal, o quien haga sus veces, de Coomeva EPS.

1. RESPUESTA DE COOMEVA EPS

Expuso la entidad que la niña María Alejandra Villa Peña se encuentra afiliada a la EPS Coomeva en calidad de beneficiaria y que a la fecha cuenta con 319 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Frente a las solicitudes de la accionante, esto es, que la EPS Coomeva le autorizara a María Alejandra el servicio de atención integral en el programa de apoyo en la Fundación Integrar y que se le excluyera del cobro de copagos y cuotas moderadoras, respondió:

Referente al servicio solicitado en la Fundación Integrar, señaló que es importante diferenciar entre las patologías clínicas y la incidencia de dichas patologías en el desempeño escolar, pues de esta disimilitud se desprenden responsabilidades distintas para las Empresas Promotoras de Salud y para el sector educativo del Estado.

Frente a los servicios que ofrece la Fundación Integrar, adujo que de su portafolio de servicios puede inferirse que éstos tienen un componente educativo muy alto, pues la metodología del programa incluye talleres de deportes, música, artes, teatro, cultura general, lecto- escritura, danzas y computadoras, lo cual no hace parte del Plan Obligatorio de Salud. En consecuencia, dicho servicio no puede ser ordenado con cargo al Sistema General en Seguridad Social en Salud. Además, la Fundación Integrar no es una IPS adscrita a Coomeva EPS y en esa medida, no está autorizada para ordenar manejos terapéuticos en dicha entidad.

Señaló que el Decreto 366 de 2009 (“por medio de la cual se reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes con discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales en el marco de la educación inclusiva”) preceptúa que es responsabilidad de las entidades territoriales calificadas asumir la prestación de este tipo de servicios educativos. Además, reiteró que en el caso bajo estudio, la señora Piedad Cristina Peña Delgado solicitó a la EPS un servicio en una IPS que se encuentra por fuera de su red de prestatarios, debido a que presta un servicio de educación especial y no de salud.

En últimas, consideró que el problema en este tipo de casos consiste en la confusión que existe acerca de hasta dónde debe llegar el sistema de seguridad social en salud en la atención de los pacientes que tienen un tipo de patología como la que presenta María Alejandra Villa Peña y que afecta su nivel de escolaridad.

Sobre la exoneración de los copagos que deben sufragar los beneficiarios por la prestación de los servicios médicos como una forma adicional de financiar el sistema, y las cuotas moderadoras como pagos representativos que tanto afiliados cotizantes como beneficiarios realizan con el fin de regular la prestación del servicio de salud, sostuvo que la accionante realiza sus pagos de acuerdo a su estratificación socioeconómica. Esto es, la afiliada María Alejandra Villa Peña se encuentra cancelando como cuota moderadora la suma de \$2.000.00 pesos y por copagos llegaría a cancelar hasta la suma de \$142.610.00. En conclusión, a la afiliada se le cobra según su capacidad económica. No obstante, aclaró que si la situación económica de la afiliada llegare a sufrir variaciones, en su oportunidad estudiaría su situación particular, pues a la fecha no podía realizarse una exención en los pagos del servicio de salud sobre medicamentos o tratamientos que aún no se han ordenado.

Finalmente, solicitó integrar al contradictorio a la Secretaría de Educación o a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, por ser las entidades competentes para ofrecer el servicio educativo solicitado.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA- JUZGADO TREINTA Y SEIS PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN.

En primera instancia, el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, mediante sentencia proferida el veinticinco (25) de septiembre de dos mil nueve (2009), decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora Piedad Cristina Peña Delgado en representación de su hija menor de edad María Alejandra Villa Peña.

Sostuvo que la solicitud elevada por la actora, si bien es cierto deviene de una prescripción librada por una entidad que no hace parte de la red de prestatarios de Coomeva EPS y que consiste en el cubrimiento de un servicio educativo en una institución específica, también lo es que la accionada limitó su respuesta a señalar que lo pedido por la accionante se contrae a un servicio de tipo educacional, sin emitir previamente un estudio científico que permitiera concluir si la EPS podía prestar dicho servicio, asumiendo que éste se deriva de la patología que padece la niña.

Por lo anterior, en virtud de la integralidad del sistema de seguridad social en salud y teniendo en cuenta la jurisprudencia referente a los niños que tienen discapacidad, ordenó a Coomeva EPS que autorizara a la menor de edad una valoración especializada de su patología para determinar los servicios que requiere en orden a mejorar su enfermedad, con especificación de cuáles son de naturaleza médica y cuáles de orden educativo, y si de su patología se desprende una afectación a su desempeño escolar.

También ordenó a la EPS que asumiera los servicios en salud que necesita la infante, de acuerdo con el resultado de la valoración médica que ordenó se realizara, así como los tratamientos especiales que demanda su patología, entre ellos, los prescritos por la Fundación Integrar, pero únicamente los relacionados con las terapias ocupacionales de lenguaje, físicas, psicológicas. Excluyó tan solo lo atinente al servicio educativo que ordenó se prestara en una IPS con la cual tuviera contrato y que cumpliera similares funciones a la Fundación Integrar. Aclaró que de no existir un contrato con una IPS que cumpliera con dichas características, la EPS debería contratar con una IPS para que le brindara la atención que requiere la niña María Alejandra Villa Peña, y le otorgó la acción de recobro ante el Fosyga en caso de que incurriera en gastos no Pos.

Por último, no eximió a la peticionaria de la cancelación de las cuotas moderadoras y de los copagos porque encontró probado que dichas erogaciones no afectan su derecho al mínimo vital.

1. IMPUGNACIÓN

3.2.1 Coomeva EPS

La entidad accionada impugnó el fallo proferido por el Juez Constitucional de primera instancia, el 25 de septiembre de 2009. Señaló que el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín no tuvo en cuenta los argumentos esgrimidos por la EPS en la contestación de la acción de tutela, en el sentido de que los servicios solicitados en la Fundación Integrar tienen una marcada connotación educativa, pues la metodología está integrada por talleres de deportes, música, artes, teatro, cultura general, lecto escritura, danzas y computadoras, aspectos que nada tienen que ver con la prestación del servicio de

salud y que por tanto, son beneficios excluidos del POS. Además, indicó que la Fundación Integrar no hace parte de la red de prestatarios del servicio de salud de Coomeva sino que es una institución privada que presta el servicio de educación especial.

Por último, adujo que en la parte resolutive de la providencia no se le concedió a Coomeva EPS la posibilidad de recobro ante el Fosyga por los valores cobrados en exceso a cargo de la EPS.

1. Piedad Cristina Peña Delgado en representación de su hija menor de edad María Alejandra Villa Peña.

Por su parte, la peticionaria expresó su desacuerdo con el fallo de primera instancia porque el ad-quo no ordenó el tratamiento requerido en la Fundación Integrar, lo cual en su sentir se debió a que el juez otorgó alto valor a la respuesta de Coomeva EPS en cuanto a que los servicios brindados en la fundación tienen un carácter acentuadamente educacional.

Consideró la actora que entregarle a la EPS la decisión de evaluar el tratamiento requerido por la niña María Alejandra Villa Peña es un desacierto porque se corre el riesgo de que Coomeva no ordene el tratamiento que corresponde; además, alegó que dicha entidad no cuenta con instituciones que tengan la misma especialidad e idoneidad de la Fundación Integrar, pues sostuvo que es la institución más adecuada para el manejo de la discapacidad cognitiva que tiene la menor de edad.

Por último, refirió que conocía el caso de treinta personas a las cuales la EPS Coomeva les cubrió el tratamiento en la Fundación Integrar, por orden de fallos judiciales.

1. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA- JUZGADO DIECIOCHO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN.

El Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín confirmó el fallo de primera instancia en su integridad. Afirmó que la decisión del a-quo fue acertada en virtud de que el concepto emitido por la neuróloga pediatra no se había dado en razón a un vínculo contractual con Coomeva EPS sino a través del Instituto Cardio-Neuro-Vascular, lo cual impedía que la prestación del servicio de rehabilitación en un centro específico pudiera exigirse directamente a Coomeva EPS.

1. PRUEBAS

4.1 PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE:

4.1.1 Fotocopia de la tarjeta de identidad de la niña María Alejandra Villa Peña.

4.1.2 Fotocopia del carné de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud

de María Alejandra Villa Peña por intermedio de Coomeva EPS.

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Piedad Cristina Peña Delgado.

1. Fotocopia de exámenes médicos, remisiones y en general la historia clínica, no completa, de la menor de edad María Alejandra Villa Peña, en donde se consigna su diagnóstico.

1. Fotocopia del reporte de evaluación transdisciplinaria emitida por la Fundación Integrar, en septiembre de 2008.

1. Fotocopia del certificado de invalidez física y/o mental de María Alejandra Villa Peña, emitido por la EPS Comfenalco el 22 de noviembre de 2008.

1. Fotocopia del derecho de petición que elevó la accionante a Coomeva EPS, el 13 de mayo de 2009, solicitando autorización para la intervención integral especializada en la Fundación Integrar de su hija.

1. Fotocopia de la respuesta dada al derecho de petición elevado por la peticionaria, en donde Coomeva EPS le informa que la terapia ocupacional y de fonoaudiología le serían autorizadas, pero que el servicio de educación especial solicitado no pertenecía al ámbito de cobertura de Coomeva EPS y por esta razón no sería prestado.

1. Constancia laboral de la señora Piedad Cristina Peña Delgado en donde se informa el tipo de vínculo laboral y la asignación mensual por sus labores como coordinadora de nómina en la empresa Mejía Laenz Juan Guillermo.

1. Fotocopia de recibos de pago por concepto de arriendo, pago de ruta, servicios públicos domiciliarios y tarjetas de crédito de la señora Peña Delgado.

1. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: debida integración del contradictorio y pruebas decretadas por la Sala.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 1 de junio de 2010, ordenó vincular a la Secretaría Municipal de Educación de Itagüí y a la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia 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.

De igual forma, con el fin de contar con mayores elementos de juicio que explicaran mejor los hechos particulares del caso, mediante el mismo auto, a través de la Secretaría General, la Sala decretó las siguientes pruebas: (i) invitó a la Universidad de los Andes, Universidad Nacional y Universidad del Rosario para que a través de sus observatorios o grupos de investigación sobre los derechos de las personas con discapacidad, emitieran su opinión sobre la acción de tutela de la referencia; (ii) solicitó al Ministerio de la Protección Social que informara qué hace parte del plan obligatorio de salud en lo atinente a la demanda de la referencia, el ingreso base de cotización de la accionante, y el número de beneficiarios a su cargo y, por último, si el señor Antonio José Villa Gutiérrez, padre de la niña, se encuentra cotizando al sistema de seguridad social en salud, en caso positivo, cuál es su ingreso base de cotización y si es trabajador dependiente o independiente; y (iii) ordenó que se oficiara a Coomeva EPS para que informara el nombre de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) con las cuales tenía convenio vigente para la prestación eficiente del servicio de salud en el municipio de Itagüí y en la ciudad de Medellín, para tratar la discapacidad de la menor de edad, especificando su valor económico.

Posteriormente, esta Sala advirtió que tampoco se había vinculado a este proceso al Ministerio de la Protección Social, al Ministerio de Educación Nacional y a la Procuraduría General de la Nación, por lo cual, mediante auto adiado el 15 de septiembre de este año, ordenó su vinculación para que se pronunciaran respecto de lo que consideraran pertinente.

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 la Protección Social

El 9 de junio de 2010, la Oficina de Asesoría Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social informó que el ingreso base de cotización de la señora Piedad Cristina Peña Delgado es de \$950.000.00.

A su vez, indicó que el señor Antonio José Villa Gutiérrez es beneficiario desde el 15 de abril de 2010, de Martha Nubia Cano Aguirre, en su calidad de trabajadora dependiente.

Respecto a la información referida a cuáles tratamientos solicitados hacen parte del POS, adujo que el servicio de la integración en un programa de apoyo a la inclusión no hace parte del Plan Obligatorio de Salud y aclaró que cuando el afiliado al régimen contributivo requiere de servicios adicionales a los incluidos en el POS debe financiarlos directamente. Aún más, explicó que el paciente debe utilizar los servicios de salud con los que cuenta en su municipio o zona de residencia, salvo en los casos de urgencia comprobada o de remisión directamente

autorizada por la EPS.

En conclusión, sostuvo que la EPS está obligada a suministrar la atención en salud a la accionante, pero a través de su red prestadora de servicios de salud y, en caso de requerir el servicio en alguna de las instituciones con las cuales la Empresa Promotora de Salud no tuviera convenio, debe ser autorizada por la misma y si éste no es autorizado y el accionante insiste en la prestación del servicio, debe la actora asumir los gastos respectivos.

4.2.2 Coomeva EPS

El 16 de junio de 2010, el Director de Salud y el Director Jurídico de la Regional Noroccidente de Coomeva EPS, presentaron una relación de todos los servicios autorizados por la EPS a la niña María Alejandra Villa Peña y prescritos por los médicos tratantes. No respondieron concretamente las IPS con las cuales la EPS tiene convenio vigente para tratar la enfermedad de la niña en los municipios de Itagüí y Medellín, ni especificaron su valor económico.

Así mismo, anexaron una tabla indicando todos los servicios ordenados por los médicos tratantes a la niña, el nivel de atención y los prestadores según la zona geográfica.

1. Universidad de los Andes

El 23 de junio de 2010, Natalia Ángel Cabo, Lucas Correa Montoya y Alejandra Cardona Acevedo, en sus calidades de Directora, Asesor Jurídico y Estudiante del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, respectivamente, intervinieron dentro del presente proceso y solicitaron a la Corte que ordene a la Secretaría de Educación de Antioquia y a la Secretaría del Municipio de Itagüí garantizar la atención básica e inclusiva que requiere la niña María Alejandra Villa Peña, dentro del aula de clase regular, en desarrollo de sus derechos a la educación y a la igualdad.

Respecto a la educación inclusiva de las personas con discapacidad, refirieron lo siguiente:

La educación inclusiva realiza el derecho de las personas con discapacidad a acceder y permanecer en el sistema regular de educación, el cual debe ser capaz de hacer los ajustes razonables y desplegar acciones afirmativas para responder a las necesidades de todos los estudiantes, no solo como manifestación del derecho a la educación sino también en virtud del mandato de igualdad y protección especial de la población con discapacidad.

Acerca del tema, citaron el artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que en lo atinente al derecho a la educación inclusiva y a las obligaciones del Estado Colombiano para garantizarlo, preceptúa lo siguiente:

“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.”

(...)

Respecto a la efectividad de este derecho, los Estados partes deben garantizar 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;

d) 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.” (Subraya y negrilla fuera de texto)

A su vez, aludieron a dos cambios paradigmáticos introducidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -incorporada por Colombia a través de la Ley 1346 de 2009- acerca del concepto de discapacidad.

En primer lugar, expusieron que la Convención señala la importancia de hacer prevalecer la educación inclusiva sobre la educación especial, debido a que ésta última termina por introducir aspectos discriminatorios y excluyentes. También indicaron que la discapacidad no debe ser entendida como una enfermedad o un obstáculo que tiene que corregirse a toda costa y que la convención introduce un elemento de diversidad para entenderla, contexto dentro del cual se fortalece el respeto por el pluralismo que debe ser protegido y respetado.

En segundo lugar, señalaron que el segundo cambio paradigmático está referido al abandono de la posición que prevalecía hasta el momento, según la cual el centro de atención para abordar el tema de la discapacidad debía ser la habilitación y la rehabilitación. La CDPD orientó la atención hacia la persona con discapacidad como un ser digno, diverso y pleno sujeto de derechos. Es así como no se deja de lado el derecho a la salud en su función rehabilitadora, pero ahora es vista como una de las tantas facetas que deben abordarse para proteger los derechos de las personas en situación de discapacidad. De allí que surgiera la necesidad de des-medicalizar el tratamiento de la discapacidad y asumirla como un asunto de derechos humanos y diversidad.

Reiteraron que precisamente esta Corporación ha advertido el peligro que entraña la

creación, en torno a la discapacidad, de un ambiente social negativo, contrario a los efectos integradores que produce el tratamiento de dicha realidad en un ambiente social positivo. Esto último conduciría a facilitar la vida de las personas con discapacidad.

Por último, señalaron que, en efecto, debe separarse la naturaleza de las prestaciones de salud y de educación, ya que si bien las dos se complementan, hacen referencia a dos servicios públicos diferentes. Sin embargo, la protección de los derechos debe realizarse de forma integral, lo que hace imprescindible la colaboración armónica entre las distintas autoridades que intervienen para lograr dicho objetivo.

1. Universidad del Rosario

El 23 de junio de 2010, Álvaro José Cadavid Jiménez, Erika Díaz Silva y María Angélica Artunduaga Buitrago, integrantes del Grupo de Acciones Públicas (GAP) y del Grupo de Investigación en Derechos Humanos, solicitaron la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud y a la educación de la niña María Alejandra Villa Peña, de acuerdo con los siguientes argumentos:

Sostuvieron que en materia de discapacidad cognitiva, los componentes educativos de los tratamientos están directamente dirigidos a mejorar la salud de los pacientes y por ello no pueden desligarse porque se complementan. Ello impactaría positivamente el ámbito social y familiar.

Expusieron cómo desde la perspectiva de los derechos humanos se ha abordado el desafío en torno a cómo otorgar mayores oportunidades efectivas a este grupo de especial protección y brindarles las herramientas adecuadas para que se integren a la sociedad. En desarrollo del anterior objetivo, recuerdan que el Estado Colombiano ha adoptado diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos sobre la discapacidad, entre los que se encuentran la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, ratificada por la Ley 762 de 2002, cuyo objetivo es, además de luchar contra la discriminación de dicha población vulnerable, buscar su plena integración a la sociedad. También citaron la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

A la vez, ponen de presente la conexión que existe entre el derecho a la salud con otros derechos fundamentales y, para resaltar su importancia, refieren el contenido de la observación general número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), que interpreta el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así:

“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...”

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de

Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad...” (Subraya fuera de texto)

También trajeron a colación el único fallo que se ha emitido al interior de la Corte Interamericana sobre las personas con discapacidad y que consideraron constituye un precedente importante a tener en cuenta en la resolución del presente caso. En este respecto, dijo la Corte:

“La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.” (Subraya fuera de texto)

Expresaron que los derechos a la salud y a la educación de las personas con discapacidad cognitiva están interrelacionados y son interdependientes. Adujeron que la noción de atención integral en salud para las personas que tienen dicha discapacidad, no puede excluir el derecho a la educación como factor indispensable para su avance, mantenimiento y recuperación.

Sostuvieron que esta Corporación, en casos similares, ha reiterado que la existencia de componentes educativos en las solicitudes no debe servir de excusa para negar el acceso al tratamiento integral de los niños y niñas en aras de lograr su integración social al entorno que los rodea. Para el logro del anterior fin, el Estado debe ofrecer a esta población todo lo necesario desde el punto de vista médico y educativo.

De otra parte, aludieron a los casos en los que las EPS alegan que no cuentan con convenios con las instituciones en las que los niños tutelantes vienen recibiendo el tratamiento. Al respecto, mencionaron que esta Corporación ha advertido que las Empresas Promotoras de Salud deben asegurar el acceso a instituciones especializadas, de idéntica calidad, especialidad e idoneidad a la solicitada.

En conclusión, los integrantes del Grupo de Acciones Públicas consideraron que los fallos de primera y segunda instancia no tuvieron en cuenta la Ley 1306 de 2009 y que el Estado está obligado a garantizarle a la niña María Alejandra Villa Peña una atención cualificada, esto es, debe brindarle la protección constitucional inmediata de sus derechos fundamentales a una vida digna que se materializa en el derecho a la salud y a la educación.

En este punto, la protección del derecho a la educación cobra gran relevancia, ya que tiene como objetivo principal rehabilitar y ayudar a la menor de edad a superar la discapacidad. Por tanto, en su sentir, debe ordenarse el fortalecimiento del Convenio de la EPS con la Fundación Integrar o en su defecto garantizarle a la menor de edad la atención en una IPS

de igual o mayor idoneidad.

1. Ministerio de la Protección Social

El 22 de septiembre de 2010, el asesor del grupo de Acciones Constitucionales, refirió que el numeral 5 del artículo 10 del Acuerdo 008/09, expedido por la Comisión de Regulación en Salud (CRES), estableció los criterios generales de exclusiones de los Planes Obligatorios de Salud, dentro de las que se encuentran las “Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo” y concluyó que en consecuencia, la prestación del servicio educativo solicitado mediante la presente acción de tutela no está en cabeza de la Entidad Promotora de Salud accionada.

Por su parte, la directora general de promoción social del Ministerio, doctora Susana Helfer-Vogel, señaló que con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales de la niña María Alejandra Villa Peña, se le debía brindar una atención integral de rehabilitación, de acuerdo a las competencias asignadas al sistema general de salud y al sistema público de educación.

De otro lado, el Ministerio de la Protección Social reconoció la importancia de los cambios paradigmáticos introducidos por la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y su compromiso con el cumplimiento de los objetivos allí propuestos, entre los que se encuentran el paso de un proceso asistencialista a un proceso de desarrollo social.

Por último, expuso la normativa referente a la destinación específica de los recursos públicos, tanto del Fondo de Solidaridad Pensional como de las diferentes subcuentas que conforman el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, para aclarar que no es posible destinar dichos recursos al sostenimiento de prestaciones distintas a las que financia según su naturaleza.

1. Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales

El 22 de septiembre de 2010, el Procurador auxiliar para asuntos constitucionales sostuvo que en virtud del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud de los niños y niñas con discapacidad, el derecho a la salud también abarca aspectos educativos. Aseguró que la cobertura debe comprender todo aquello que resulte apropiado para atender adecuadamente la contingencia en salud y, en este caso, el servicio educativo de los niños y niñas que tienen discapacidad.

1. Ministerio de Educación Nacional

El 24 de septiembre de 2010, la asesora jurídica de la entidad explicó que la política de educación inclusiva consiste en garantizar a todos los niños, las niñas, adolescentes, jóvenes y adultos el derecho a la educación, independientemente de sus condiciones sociales.

En este respecto, refirió que la contratación del servicio educativo se realiza con base en un estudio de insuficiencia realizado por la entidad territorial certificada.

Mencionó que la Nación, a través del Decreto 366 de 2009, establece que cuando el personal de apoyo actual no sea suficiente para atender a los estudiantes con discapacidad y con capacidades excepcionales, las entidades territoriales deben acudir a la contratación de los servicios de apoyo pedagógico que requieran, con organizaciones de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación o promoción del servicio de educación. Para ello, la Nación reconoce un 20% adicional del valor de la tipología a las entidades territoriales certificadas para garantizar la prestación del servicio a dicha población.

También aclaró que de acuerdo a la competencia asignada por la ley, a dicha entidad le corresponde elaborar las políticas en materia educativa y no la ejecución de las mismas, ya que en virtud de la descentralización, la prestación del servicio educativo es competencia de las entidades territoriales de acuerdo con lo dispuesto en la ley 715 de 2001.

1. Secretaría de Educación y Cultura de Itagüí y la Secretaría de educación del Departamento de Antioquia.

La Secretaría de Educación y Cultura de Itagüí y la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia guardaron silencio durante el término de traslado.

5 CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1 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, y 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala examinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la educación de los niños en situación de discapacidad, por no autorizar la atención en una institución especializada en el área de discapacidad cognitiva, a María Alejandra Villa Peña, oponiendo como razón que lo solicitado por la actora no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud y que se trata de un servicio educativo que la EPS no está obligada a cubrir por exceder la esfera de sus competencias. Además, deberá abordar el estudio de los siguientes problemas jurídicos concretos:

- i. ¿Corresponde a una EPS brindar tratamientos no POS prescritos por un médico externo?
- ii. ¿Cuál es la responsabilidad de las EPS cuando se ordena el tratamiento integral de un niño en situación de discapacidad?
- iii. ¿Cuáles son las responsabilidades de las EPS cuando sus afiliados en situación de discapacidad reclaman componentes educativos necesarios para su bienestar?

Para resolver la controversia, la Sala Séptima examinará: Primero. La especial protección constitucional de la que son sujetos los niños y niñas con discapacidad. Segundo. La protección constitucional que en virtud del principio de integralidad ha conferido la jurisprudencia al derecho preferente a la salud, tratándose de los niños y niñas en situación de discapacidad. Tercero. El derecho a la salud y el derecho a la educación como garantías superiores que apoyan de forma independiente el desarrollo integral de los niños y niñas con discapacidad. Cuarto. El estudio del caso concreto.

1. LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD SON SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Para abordar el tema referente a la protección de los derechos de que son titulares los niños y niñas colombianas, es necesario poner de presente que esta población es sujeto de una especial protección constitucional y que en virtud del artículo 44 de la Constitución, sus garantías constitucionales tienen el carácter de fundamentales.

Acerca de la especial protección de la que son sujetos los niños y niñas, esta Corporación ha referido que:

“El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional.”¹

Es decir, todos los niños y niñas gozan de una protección constitucional especial por mandato directo de la Constitución. Tratándose de los niños y niñas con discapacidad, esta protección es aún más reforzada. En este respecto, esta Corporación ha mencionado lo siguiente:

“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).

Al amparo de la previsión del artículo 13 de la Carta, que impone al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, las autoridades deben emprender acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados, categoría

dentro de la cual cabe incluir a los discapacitados, y de manera particular, cuando se encuentran en condiciones de pobreza.

En esta materia, la Corte ha puesto de presente que, por un lado, los discapacitados gozan de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la igualdad, razón por la cual resulta contrario a la Carta todo tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad.”²

Para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, se ha reconocido que debido a la discriminación histórica a la que ha sido sometida esta población, el Estado tiene el compromiso de adelantar acciones efectivas para desarrollar el postulado del derecho a la igualdad con el fin de promover el ejercicio pleno de sus derechos.

“En este contexto, existe una protección constitucional reforzada con respecto a niñas y niños cuando sufren alguna clase de discapacidad³, 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 afirmativas⁴ que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de desventaja.”⁵

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.⁶

5.4 LA PROTECCIÓN DEL DERECHO PREFERENTE A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD, HA CUBIERTO INGREDIENTES EDUCATIVOS

Antes que nada es importante exponer las distintas miradas desde las cuales se ha entendido el principio de integralidad del sistema de salud, por esta Corporación:

“Existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras.⁷

La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente.”⁸

En esta misma sentencia, sobre la importancia de determinar con claridad la afectación del derecho a la salud y ante la ausencia del dictamen del médico tratante y la

autorización de servicios no Pos, se estableció:

“En los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable...

La Corte Constitucional ha encontrado criterios determinadores recurrentes en presencia de los cuales ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional⁹ (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas¹⁰ (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.”¹¹

Esto es, la integralidad del sistema de salud abarca toda la atención requerida por un paciente para el tratamiento de su enfermedad, sin que sea oponible en el caso de los sujetos de especial protección, como por ejemplo los niños y niñas, que dicho servicio se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre la protección del derecho a la salud, es pertinente advertir que en aquellos eventos en los cuales los peticionarios han solicitado un tratamiento integral para un menor de edad con alguna limitación cognitiva, física o sensorial, en una institución específica, el cual ha sido negado por las Empresas Promotoras de Salud que oponen como razón que dicho servicio escapa a la órbita de su competencia o que no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho a la salud de los niños y niñas con discapacidades puede contener ingredientes educativos. Así puede vislumbrarse en los siguientes pronunciamientos:

En la sentencia T-179 del 24 de febrero de 2000¹², esta Corporación abordó el estudio de un caso que involucraba un grupo de madres cabeza de familia en representación de sus hijos menores de edad con discapacidades, quienes manifestaron que los menores de edad estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales y que allí les brindaban un tratamiento terapéutico con un equipo multidisciplinario en la asociación Centro para limitados visuales y auditivos. En dicho Centro cada uno de los niños recibía una atención integral conforme a un programa especializado (terapéutico, físico y educacional). Pese a la notable mejoría observada en cada uno de ellos, el Instituto de Seguros Sociales canceló el contrato suscrito con el referido Centro, aduciendo que estaba asumiendo servicios que no le correspondían y que excedían lo contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. La Sala de revisión confirmó la decisión proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en cuanto protegió los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la educación de los menores de edad, quienes tenían diversas discapacidades, pero la modificó respecto a la orden emitida y

en su lugar ordenó al Instituto de Seguros Sociales que procediera a prestar la mejor asistencia integral y especializada que requirieran los niños y que fuera determinada por el personal de médicos especialistas y paramédicos de dicha institución pues era su obligación proporcionar un tratamiento integral y preferente sin que la entidad accionada pudiera oponer el argumento de que se trataba de un servicio pedagógico no contemplado en el POS. Para asegurar la real efectividad de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad y a la educación de los menores de edad con discapacidades ordenó la atención integral y especializada de los niños, dando indicaciones específicas respecto a la manera en que debía cumplirse dicha orden.

En la sentencia T-920 del 17 de julio de 2000¹³, se resolvieron las pretensiones de varios padres de familia (16 expedientes acumulados) en representación de sus hijos con discapacidades a quienes el Instituto de Seguros Sociales les había suspendido el tratamiento de rehabilitación integral aduciendo que las personas en cuyo nombre se habían instaurado las acciones de tutela no tenían posibilidades de rehabilitación, y en consecuencia que el servicio de rehabilitación integral que se les venía prestando había dejado de ser un servicio de salud para pasar a ser un servicio de tipo educativo, y agregó que éste último no se encontraba contemplado dentro del Plan Obligatorio de Salud. En esta oportunidad la Corte Constitucional aclaró que los menores de edad tenían derecho a recibir un tratamiento de rehabilitación funcional, sin que su finalidad fuera la recuperación de la discapacidad, y que dicho tratamiento debía incluir los procedimientos necesarios para mejorar la calidad de vida de los niños, independientemente del carácter que se le atribuyera a este tipo de actividades, como tener un componente educacional.

En la sentencia T-282 del 6 de abril de 2006¹⁴, esta Corporación estudió un caso que involucraba a un niño de cinco años de edad que padecía de autismo, al cual el médico tratante le había prescrito un tratamiento especializado en la Fundación Integrar. La EPS Coomeva negó el tratamiento alegando que dicho servicio estaba excluido del POS y que contenía elementos educativos. En esta oportunidad, la Corte protegió los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social, a la igualdad y a la integridad física. En primer lugar, adujo que el menor de edad era un sujeto de especial protección que se encontraba en estado de vulnerabilidad por razón de su discapacidad; como segundo punto, explicó que los niños pertenecientes al régimen contributivo que padecen una enfermedad como el autismo deben recibir un tratamiento integral en salud, dentro del cual se encuentren elementos educativos, todo ello con el fin de que se logre un desarrollo armónico en el paciente; por último, en el caso concreto, consideró que todos los requerimientos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela se encontraban acreditados. Con base en lo anterior, ordenó a la EPS Coomeva que autorizara el tratamiento pedido en la Fundación Integrar o en otra de similares características.

En la sentencia T- 518 del 7 de julio de 2006¹⁵, el padre de un niño que contaba con seis años de edad, solicitó a la EPS Comfenalco el reconocimiento de un auxilio que le permitiera cubrir la matrícula en la Fundación Integrar, institución especializada en niños con retardo mental y autismo, porque sus ingresos económicos no le alcanzaban para cubrir la educación que requería su hijo. Por su parte, la EPS expresó que no había vulnerado derecho fundamental alguno porque la institución especializada en autismo era una institución

educativa y no una IPS de Comfenalco. La Corte concluyó que el derecho a la salud es fundamental y que, tratándose de niños con discapacidad, el Estado debe garantizar su prestación de forma integral para lograr su plena integración social. En ese sentido, la rehabilitación debe abarcar todas las áreas que el niño o niña requiriera, incluyendo aspectos médicos y educativos. Reconoció que si bien el tratamiento solicitado a la EPS en la Fundación Integrar 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, según se requiriera. En últimas, ordenó al médico tratante que determinara la institución más idónea y especializada para tratar la discapacidad del niño y que de no existir una de igual idoneidad, debería ordenarse el tratamiento en la Fundación Integrar.

En resumen, la Corte Constitucional ha protegido el derecho fundamental a la salud de los niños y niñas con discapacidad, aduciendo que este derecho preferente puede contener ingredientes educativos, los cuales se entiende que hacen parte del proceso de rehabilitación del paciente, con base en el principio de integralidad del sistema de salud.

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

El derecho a la educación de los niños y niñas tiene el carácter de fundamental; esta garantía es aún más reforzada para aquella población que se encuentra en situación de discapacidad. Este derecho comprende la garantía de acceso y permanencia en el sistema educativo a fin de que puedan ejercer de forma plena y efectiva los demás contenidos del derecho a la educación. La educación dirigida a las personas 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 referido:

“(…)

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 educación¹⁶, 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.”¹⁷

Los anteriores lineamientos trazados por esta Corporación, son plenamente aplicables al caso de los niños con discapacidad, los cuales tienen una protección constitucional aún más reforzada. Desde esta perspectiva, la Corte 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-282 del 14 de marzo de 2008¹⁸, en donde se estudió si la entidad accionada –Alcaldía Municipal de Soacha– había vulnerado los derechos fundamentales a la educación, a la vida, a la salud y a la seguridad social de una niña que padecía síndrome de down, al no renovar el convenio con la fundación en la que la menor de edad venía recibiendo sus terapias, alegando que no podía celebrar ningún tipo de contratación porque se encontraba en vigencia la ley de garantías. En esta oportunidad la Corte refirió que el contenido del derecho a la educación de los niños y niñas es progresivo y de protección inmediata por tener el carácter de fundamental, más aún si tienen algún tipo de discapacidad. No compartió la Corte el argumento esgrimido por la accionada referente a que el servicio prestado por la Fundación no hacía parte del derecho a la educación de la niña, pues tan solo se limitaba a terapias cognitivas. Expuso la Corte que esta visión desconocía completamente el contenido del derecho a la educación de las personas que tienen algún tipo de discapacidad. Sostuvo que el derecho al acceso al servicio educativo hace parte del núcleo esencial de dicha garantía y por ello, ordenó la inclusión de la menor de edad en un programa de iguales características en un convenio vigente.

En aquella oportunidad la Corte tuteló el derecho a la educación, pues consideró que éste también puede abarcar aspectos que mejoren el estado de salud de los niños con discapacidad.

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 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 con discapacidad.

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 exige 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, pues como lo anota el grupo de investigación de la Universidad de los Andes (PAIS) en su intervención, ha habido un cambio de paradigma al respecto, esto es, 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.

5.6.1 La discapacidad es una condición y no debe ser entendida como sinónimo de enfermedad

Es importante realizar una precisión de lenguaje para ilustrar la perspectiva desde la que se han venido abordando los derechos de las personas con discapacidad. Es preciso asumir que las personas se encuentran en una situación de discapacidad no que son “discapacitadas”, ya que con esta expresión, sutilmente, se introducen aspectos discriminatorios que tienen como sustento la misma discapacidad. En este respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 5º19, precisó:

“...Con la palabra ‘discapacidad’ se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones... La discapacidad puede revestir la forma de

una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio...

4. De conformidad con el enfoque seguido en las Normas Uniformes, en la presente Observación general se utiliza la expresión “persona con discapacidad” en vez de la antigua expresión, que era “persona discapacitada”. Se ha sugerido que esta última expresión podía interpretarse erróneamente en el sentido de que se había perdido la capacidad personal de funcionar como persona. (Subraya fuera de texto)

5. El Pacto no se refiere explícitamente a personas con discapacidad. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad. Además, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza “el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna” basada en determinados motivos especificados “o cualquier otra condición social” se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.

6. El hecho de que en el Pacto no haya una disposición explícita que trate de la discapacidad se puede atribuir al desconocimiento de la importancia que tiene el ocuparse explícitamente de esta cuestión, en vez de hacerlo por referencia, cuando se redactó el Pacto hace más de 25 años. Los instrumentos internacionales de derechos humanos más recientes, en cambio, tratan específicamente de esta cuestión. Entre estos últimos instrumentos figura la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (párr. 4 del art. 18); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art. 18). O sea que en la actualidad está ampliamente aceptado que los derechos humanos de las personas con discapacidad tienen que ser protegidos y promovidos mediante programas, normas y leyes generales, así como programas, normas y leyes de finalidad especial”.

En conclusión, a la luz de las preceptivas internacionales, la discapacidad no es considerada como una enfermedad sino como una realidad que siempre ha existido en cada época. Este cambio de perspectiva ha conducido a una transformación del lenguaje para referirse a dicha circunstancia; no se trata sólo de revestir de palabras adecuadas una situación para considerar superados otros problemas que trascienden la condición de la discapacidad, estas precisiones de lenguaje ayudan a la construcción de un cambio de perspectiva en la sociedad.

5.6.2.1 El derecho a la salud es autónomo, pero se interrelaciona con otros derechos humanos

Sobre el derecho a la salud, la observación general número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preceptuó que es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos, y que se interrelaciona con otros derechos fundamentales. En este respecto, dijo:

“3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad...Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud...”

9. El concepto del ‘más alto nivel posible de salud’, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado...

11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud...” (Subraya fuera de texto)

Referente al derecho a la salud, tratándose 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...”

Queda visto como 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.

5.6.2.2 El derecho a una educación inclusiva

Desde la perspectiva del derecho a la educación de las personas con discapacidad, la regla general es la garantía de la posibilidad de acceder al sistema educativo en aulas regulares de estudio, esto es, a una educación incluyente. La educación especial debe entenderse como la última opción, es decir, debe operar de forma excepcional. Acerca de la importancia que tiene la política de educación inclusiva, puede observarse el desarrollo de la normativa interna, los tratados internacionales de Derechos Humanos sobre personas con discapacidad y su incidencia en la jurisprudencia constitucional, y algunos ejemplos del desarrollo de dicha

política en otros países, como a continuación se presenta:

5.6.2.2.1 Normas internas

Sobre el derecho a una educación inclusiva de los niños y niñas con 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:

“La educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo.

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

El 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 tengan algún tipo 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 con 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 con 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 con discapacidad y con capacidades o talentos excepcionales. El artículo 3° de dicho decreto preceptúa 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.

(...)

4. Desarrollar programas de formación de docentes y de otros agentes educadores con el fin de promover la inclusión de los estudiantes con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales en la educación formal y en el contexto social.

(...)

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.”

Además, el decreto organiza 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 con 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.

5.6.2.2 Instrumentos Internacionales

Recientemente, Colombia aprobó la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre

de 2006, cuya ley aprobatoria, Ley 1346 del 31 de julio de 2009, fue declarada exequible mediante sentencia C-293 del 21 de abril de 2010. Esta Convención refiere sobre el 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 referente a las personas en situación de discapacidad, se resalta 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.

5.6.2.2.3 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.

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

“Después de ponderar situaciones concretas en las que se discutía la necesidad de una educación especial para los menores, varias sentencias de la Corte Constitucional²², 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.”

Igualmente la sentencia T-443 del 10 de mayo de 2004²³, 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...”

De la misma forma, la sentencia T-826 del 1 de septiembre de 2004²⁴ 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.²⁵ 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”²⁶

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, máxime tratándose de los niños y niñas, lo cual se encuentra acorde con la protección reforzada que les ha conferido la jurisprudencia 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 con 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 con discapacidad el acceso al sistema educativo en aulas regulares de estudio y, solo de manera excepcional, su inscripción en instituciones de educación especial.

5.6.2.2.4 La política de educación inclusiva en perspectiva internacional. El caso de la Unión Europea.

El desarrollo de la política pública de educación inclusiva se originó principalmente a partir de la exigencia de los padres de familia que reclamaron, para sus hijos con discapacidad, en primera instancia, una educación integradora, para luego, reclamar una educación inclusiva que les garantizara el ejercicio pleno del derecho a la educación.²⁷

5.6.2.2.4.1 Perspectiva de la educación inclusiva en la Unión Europea

En torno a la educación inclusiva, es importante referir que en muchos países de la Unión Europea ha surgido la necesidad de reflexionar acerca de la mejor forma de implementar dicha política en el sistema educativo. A propósito de la cuestión que se debate, pueden identificarse, por lo menos, tres etapas²⁸:

Hasta 1995, existían algunas iniciativas dirigidas a las personas con discapacidad; sin embargo, las iniciativas introducidas no eran obligatorias, se centraban en el intercambio de información y adoptaban la forma principalmente de “programas de acción comunitarios”.

En materia de educación, el 31 de mayo de 1990, el Consejo emitió una resolución sobre la integración de los niños y los jóvenes con discapacidad a los sistemas de educación ordinarios.

Entre 1995 y 1999, el principal cambio que se dió fue de naturaleza filosófica. Hasta 1996, la aproximación de la comunidad a la discapacidad estaba marcada por el modelo médico, según el cual los problemas de la discapacidad resultan de limitaciones físicas y mentales, y no están necesariamente conectados con el entorno. Por tanto, se esperaba que las personas en situación de discapacidad se adaptaran a los estándares de la sociedad. Cuando esto no era posible, la sociedad proveía caridad a aquellos individuos que no podían sostenerse a sí mismos mediante empleo. Por ello a esta perspectiva también se le denominó “modelo de caridad”.

Este modelo brindaba justificación para prácticas de institucionalización y segregación de las personas con discapacidad. Además, llevó a que las políticas se enfocaran a la generación de empleo, entrenamiento vocacional y mantenimiento de ingresos de las personas que eran clasificadas como inhábiles para laborar.

Este modelo se concretó en la Declaración para la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de julio de 1996, inspirada en las Reglas Estándar de las Naciones Unidas para la equidad de oportunidades de las personas con discapacidad. Esta declaración afirma que la forma como la sociedad está organizada sirve a la exclusión de las personas con discapacidad y hace un llamado al diálogo cívico con organizaciones no gubernamentales que abogan por los derechos de estas personas.

El compromiso con el modelo social fue reiterado en la Resolución sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con discapacidad adoptado el mismo año, en la que además se hizo un llamado a la promoción de la participación de representantes de la población con discapacidad en el seguimiento y evaluación de las políticas públicas.

En 1996 también se creó el Foro Europeo Independiente sobre Discapacidad, que incluye representantes de los nacionales de los estados de la Unión con discapacidad. Este foro promovió la adopción de la convención de las Naciones Unidas.

A partir de 1999, se destaca que el Tratado de Ámsterdam por primera vez introdujo el tema de la discapacidad en la normativa de la Unión. En efecto, el artículo 13 dispone que el Parlamento Europeo debe combatir la discriminación por razón de discapacidad. Con fundamento en esta norma el Parlamento comenzó a emitir directivas sobre discriminación:

La directiva sobre empleo que prohíbe la discriminación en el empleo y en la educación superior por razón de la discapacidad. También ordena hacer las instalaciones accesibles y apropiadas para las personas con discapacidad.

El 5 de mayo de 2003, la Comisión también emitió una resolución sobre igualdad de oportunidades para pupilos y estudiantes con discapacidad en educación y entrenamiento técnico. Este mismo año se adoptó un nuevo plan de acción para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que incluyó dentro de las áreas prioritarias para el periodo 2004-2005 el “tema de aprendizaje durante toda la vida”

De otro lado, acerca de la implementación de la educación inclusiva como política pública del sistema educativo, pueden destacarse por lo menos dos experiencias enriquecedoras en otros países comprometidos con la realización efectiva del derecho a la educación de los niños y niñas con discapacidad. Éstos son, la provincia de New Brunswick en Canadá y la provincia de La Pampa en Argentina.

5.6.2.2.4.2 New Brunswick (Canadá)

En esta provincia, la educación inclusiva ha sido desarrollada desde una política pública comprometida con la lucha contra la discriminación y la exclusión de las personas con discapacidades desde los años 80.²⁹

Específicamente en New Brunswick, los niños con discapacidades van a las escuelas locales junto a los niños de su misma edad, como un convencimiento de que la inclusión fomenta la justicia social y ayuda en la construcción de sociedades más equitativas. “Es bien sabido que la educación inclusiva surge del convencimiento de que el derecho a la educación es un

derecho humano básico que está 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, cambiaran las actitudes frente a la diferencia y ello dará lugar a una sociedad más justa y no discriminatoria, en la que no tengan cabida los procesos de exclusión.”³⁰

En resumen, las acciones que se han emprendido en esta provincia para la realización de una política de educación inclusiva son las siguientes: (i) los niños con discapacidades acuden a centros ordinarios de estudio; (ii) hay centros universitarios en donde admiten a estudiantes con diferentes discapacidades, incluyendo la cognitiva, y se esfuerzan para que en efecto dicha vivencia sea enriquecedora y realista; (iii) para apoyar el proceso de la política de educación inclusiva se han creado asociaciones, de manera puntual en New Brunswick Association for community Living/Association du Nouveau-Brunswick pour l'intégration communautaire (NBACL o ANBIC), dentro de la cual se encuentra el Comité de Educación Inclusiva compuesto por profesores retirados, padres de familia con hijos en situación de discapacidad, un representante de una universidad experto en educación inclusiva, representantes de la administración y otras personas interesadas en desarrollar esta política con el fin de verificar la aplicación práctica de dicha política en las escuelas, hacer sugerencias y analizar casos concretos de niños y niñas en este proceso de inclusión, etc; (iv) existe un sistema de reconocimiento público (premios) del trabajo individual, colectivo o institucional frente a los esfuerzos realizados sobre el desarrollo de la educación inclusiva; (v) las familias exigen la inclusión educativa como un derecho de sus hijos; (vi) existe un acompañamiento a los niños y niñas con discapacidades para que conozcan el entorno de la institución educativa en donde van a estudiar; y (vii) hay una formación docente sobre la pedagogía de la inclusión. En síntesis, el caso de New Brunswick ha sido un proceso de transformación promovido de arriba hacia abajo en el nivel local que se ha visto reflejado en la política del sistema educativo.³¹

Además, la experiencia canadiense indica que la distribución de los recursos financieros destinados a los centros educativos debe realizarse en función del número total de estudiantes inscritos, sin discriminar en el número de estudiantes con discapacidades, pero sí teniendo en cuenta las condiciones socio-económicas de las familias de los niños y niñas.

5.6.2.2.4.3 La Pampa (Argentina)

En el año 2004 se creó en La Pampa (Argentina) la Dirección de Educación Inclusiva, adscrita al Ministerio de Cultura, que tiene como misión desarrollar una política pública sobre educación inclusiva.³²

En desarrollo de dicha misión se hizo extensiva la inclusión educativa a los estudiantes con discapacidad en todos los niveles de educación (Tercer Ciclo que incluye séptimo, octavo y noveno grado y el Nivel Polimodal). Lo anterior implicó un reto al interior del sistema educativo, pues las instituciones educativas se vieron avocadas a analizar sus planes curriculares con el fin de adaptarlos a la diversificación, a adecuar sus planes de estudio, capacitar docentes, entre otros, con el fin de garantizar la integración de las personas con discapacidades a los centros educativos.

El resultado de dicha experiencia fue el notable ascenso de las matrículas de estudiantes con

discapacidad en instituciones educativas ordinarias y la disminución de inscripciones en instituciones especiales. Es importante destacar el importante apoyo gubernamental para realizar dicha iniciativa, la cual fue exitosa en dicha región.³³

De lo anterior, se evidencia que sin un verdadero compromiso y voluntad en el desarrollo de una política pública de educación inclusiva, no es posible avanzar decididamente en el camino de la protección efectiva del derecho fundamental a la educación de los niños y niñas con discapacidades.

1. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

6.1 HECHOS PROBADOS:

Antes de abocar el estudio de los supuestos fácticos para acoger o desestimar las pretensiones de la solicitante, es pertinente referirse a los hechos que se encuentran debidamente probados en el presente caso y que a continuación se resumen:

La niña María Alejandra Villa Peña tiene 8 años de edad y tiene déficit cognitivo moderado y microcefalia. Para el tratamiento de su patología, aproximadamente desde el año 2004, ha sido valorada por varios médicos de las especialidades de neurología pediátrica, fonoaudiología y otorrinolaringología, quienes han confirmado el diagnóstico inicial.

La madre de la niña acudió a la Fundación Integrar en septiembre de 2008, la cual es especializada en la atención a personas con discapacidad cognitiva. Las evaluadoras de dicha entidad consideraron que María Alejandra requería de un programa educativo regular en una institución inclusiva. En particular, sugirieron el Programa de Apoyo a la Inclusión de dicha fundación.

También se halla acreditado que la niña María Alejandra fue valorada por la EPS Comfenalco el 22 de noviembre de 2008, la cual a través de su médico Jaime Alvarez expidió certificado de invalidez física y/o mental de pérdida de capacidad laboral de origen común del 58%.

Posteriormente, el 8 de mayo de 2009, la neuróloga pediatra Claudia Natasha Sinisterra Paz adscrita a la EPS Coomeva, le recomendó un programa integral de terapias y educación especial.

Finalmente, el 13 de mayo de 2009, la señora Piedad Cristina Peña Delgado, en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la EPS Coomeva la expedición de una orden de intervención integral especializada en la Fundación Integrar de Medellín, aduciendo que la neuróloga Claudia Natasha Sinisterra Paz del Instituto Cardio- Neuro- Vascular CORBIC, donde fue atendida su hija por la EPS Coomeva, la remitió específicamente a la Fundación Integrar.

En respuesta al derecho de petición elevado por la actora, Coomeva EPS S.A. le comunicó a la peticionaria que las órdenes que remitían a la menor de edad a terapias ocupacionales y fonoaudiológicas serían cubiertas dentro de la red de prestatarios adscritos a la EPS. Sin

embargo, en lo referente a la educación especial, adujo que el servicio solicitado era de tipo educativo y que no pertenecía al ámbito de cobertura de Coomeva, ya que los servicios ofrecidos por la EPS estaban reglamentados por la ley y definidos para todo el sector de la salud. Frente a la anterior situación la peticionaria solicitó el amparo constitucional del derecho a la salud y a la educación de su hija.

El Juzgado 36 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín concedió el amparo constitucional y ordenó a Coomeva EPS que autorizara, si aún no lo había hecho, la valoración de María Alejandra por parte de un especialista para el manejo de ese tipo de discapacidad, y le otorgó un plazo de diez (10) días para que determinarán los servicios que requería la infante en orden a mejorar o atenuar su discapacidad, con especificación de cuáles son de naturaleza médica y cuáles de orden educativo. Aclaró que el tratamiento integral sólo versaría sobre los procedimientos o medicamentos a cargo del sistema de salud, excluyendo lo atinente a educación común.

En sede de impugnación, la EPS Coomeva insistió en que no estaba obligada a prestar el servicio solicitado porque era de tipo educativo y no hacía parte de los beneficios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

El juez de segunda instancia, confirmó lo decidido por la autoridad competente en el primer fallo de tutela y adujo que los servicios que requiere la niña hacen parte del tratamiento integral que debe brindarle la EPS en procura de asegurarle una mejor calidad de vida.

Bajo los anteriores argumentos, afirmó que las alteraciones del desarrollo de la menor de edad no podían tenerse por la EPS como un servicio de educación especial sino como parte de un proceso esencial y necesario dentro del tratamiento que recibe por el diagnóstico de microcefalia. De otro lado, precisó que la prestación del servicio de rehabilitación no puede ordenarse a través de la acción de tutela porque no hay prescripción del médico tratante adscrito a la Entidad Promotora de Salud. Por último, determinó que la exigencia de la actora en cuanto a que la prestación del servicio debe autorizarse en la Fundación Integrar se torna improcedente, porque si bien en principio no se descarta que se ordene allí, entre los derechos que le asisten a Coomeva está la libre contratación con las distintas IPS.

1. EXAMEN DE LA PROCEDENCIA:

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 discapacidad.

En el presente caso se encuentra acreditado que María Alejandra Villa Peña cuenta con ocho (8) años de edad, tiene discapacidad cognitiva y necesita la provisión de un tratamiento integral para el manejo de su discapacidad que le permita vivir en mejores condiciones.

De la misma forma, la accionante no cuenta con otros mecanismos de protección judicial para el amparo de sus derechos fundamentales, pues no está atacando ningún acto de la administración como tampoco es evidente que cuente con una acción ante la Jurisdicción

Ordinaria.

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.

6.3 ANÁLISIS DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA NIÑA MARÍA ALEJANDRA VILLA PEÑA

Teniendo en cuenta que Coomeva EPS negó el tratamiento solicitado por la madre de la niña en la Fundación Integrar, aduciendo que el servicio requerido por la solicitante tiene altos componentes educativos y traspasa 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; la Corte estudiará si de conformidad con las preceptivas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos que regulan el tema, la EPS vulneró el derecho fundamental a la salud de la peticionaria y además si por este hecho resultaron afectados otros derechos superiores de María Alejandra Villa Peña, como la educación.

1. La integralidad del tratamiento en salud

6.3.1.1 ¿Corresponde a una EPS brindar tratamientos no POS prescritos por un médico externo?

Para iniciar, esta Sala observa que existen dos prescripciones médicas. La primera es la orden emitida por la médica tratante de la EPS de María Alejandra, quien consideró que la niña debía atender un programa integral de terapias y educación especial debido a que tiene discapacidad cognitiva y microcefalia.

La segunda valoración médica proviene de una de las especialistas de la Fundación Integrar, quien considera que la niña requiere inscribirse en un programa de apoyo a la educación inclusiva.

La EPS Coomeva se negó a la prestación del servicio de educación especial y más aún en la Fundación Integrar, aduciendo que este servicio excedía la cobertura del servicio de salud y que no tenían convenio con dicha fundación. Por tanto, tan solo accedió a la prestación de las terapias en fonoaudiología y de lenguaje, pese a que se había ordenado un programa integral de terapias.

Cabe preguntarse si la EPS podía liberarse de la responsabilidad de prestar el servicio solicitado por la actora, argumentando que correspondía a la Secretaría de Educación competente asumir lo atinente a la prestación del servicio de educación especial, pues lo pedido excedía la esfera de su competencia. Más aún, si podía pretender liberarse totalmente de su obligación, cuando afirmó en sede de impugnación que no compartía la

orden del juez de tutela en el sentido de que María Alejandra Villa Peña debía ser valorada por un especialista de Coomeva y prestarle los servicios que requiriera de acuerdo a su discapacidad.

De la disimilitud de las prescripciones médicas, se desprende la importancia de que se realice una nueva valoración a María Alejandra, pues la orden emitida por la médica particular no fue desvirtuada por la EPS con argumentos técnicos, tal y como ha sido exigido por la Corte Constitucional en aquellos casos en los cuales existe diferencia entre el concepto dado por el médico adscrito a la EPS y un médico externo. En lo pertinente, esta Corporación ha dicho:

“...el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.”³⁴ 35

Recuérdese que tratándose de los niños y niñas con discapacidad, el derecho a la salud debe garantizarse de manera integral, aún respecto de aquellos tratamientos catalogados como no-POS.

Además, 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 de la niña María Alejandra, quien tiene discapacidad cognitiva, 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, en el caso concreto de Coomeva EPS, y si ésta desconoce el principio de integralidad, corresponde a las autoridades judiciales competentes salvaguardar los derechos de la hija de la actora.

Por lo anterior, la negativa de la EPS Coomeva respecto a la valoración por parte de un especialista calificado en el área de la discapacidad que tiene María Alejandra Villa Peña, constituye una vulneración de su derecho preferente a la salud.

Teniendo en cuenta lo anterior y en aras de brindar una protección integral en salud a la hija de la actora, quien goza de una protección especial reforzada por parte del Estado, se ordenará una valoración médica e interdisciplinaria que dictamine el tratamiento a seguir en este caso específico.

Pese a que la actora expresa su desacuerdo en que se deje en manos de la EPS la determinación del tratamiento a seguir para mejorar el nivel de vida de su hija, es importante referir que la determinación del tratamiento integral que debe brindarse a la menor de edad no corresponde a la esfera privada de la EPS Coomeva, pues existe un Tribunal de Ética médica y Justicia que puede controlar el tratamiento indicado, vigilancia que no pueden evadir los médicos ni las EPS. Sobre este punto esta Corporación ha indicado:

“La valoración del tratamiento a desarrollar no es incontrolable. Hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse como de la suspensión del servicio. Los funcionarios administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución.

La actuación del Juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente (T-059/99), luego el juez no puede valorar un tratamiento.”³⁶

Como se anotó anteriormente, la integralidad del servicio de salud abarca la posibilidad de mejorar las condiciones de vida de la persona, en este caso particular la EPS debe brindar a la hija de la actora el tratamiento integral que ésta requiera para el manejo de la discapacidad cognitiva que tiene y, consecuentemente, en aras de mejorar su calidad de vida. Sobre este tema la sentencia T-988 del 23 de octubre de 2003 precisó:

“Según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas (Salvat Editores S.A., Undécima Edición, pág. 323) CURAR significa, además del restablecimiento de la salud, el ‘conjunto de procedimientos para TRATAR una enfermedad o afección’.

Dentro de este contexto la Corte Constitucional ha dicho:

‘aunque no se puede garantizar un total restablecimiento, es factible obtener mejoría del paciente mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias neurológicas y logrando mantener en el joven afectado una mejor calidad de vida³⁷ (...)

Ello no significa, que la Sala avale la interpretación según la cual, cuando existe posibilidad de mejoría o progreso en la salud del paciente, dichas entidades encargadas de la prestación de la seguridad social no deban suministrar la atención requerida. Por el contrario, cuando dichas circunstancias se presentan, la institución de seguridad social del Estado está en la obligación de prestar el servicio requerido en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona’³⁸.”³⁹

A la luz de lo planteado precedentemente, no se comparte la posición esgrimida por el juez de segunda instancia en cuanto a que la rehabilitación requerida por la menor de edad no es una obligación a cargo de la EPS porque no fue prescrita por el médico tratante, pues ésta hace parte del tratamiento integral en salud que requiere la niña. Aquí radica la importancia de la orden proferida por el a-quo en el sentido de que sea un especialista quien realice un diagnóstico y determine todo el procedimiento a seguir para elevar el goce del nivel de vida de María Alejandra y, consecuentemente, garantice el ejercicio pleno de sus derechos.

En cuanto al amparo del derecho a la salud (el cual en aplicación del principio de integralidad

ha cobijado a su vez aspectos educativos) es importante señalar que de conformidad con el bloque de constitucionalidad atinente al tema de personas con discapacidad, se ha reiterado la importancia de proteger individualmente los derechos de esta población. Ello, por cuanto se había abordado la discapacidad como un problema y no como una realidad que debía ser afrontada no sólo desde el punto de vista médico –perspectiva rehabilitadora-, sino desde una perspectiva amplia que incluye la protección plena de todos los derechos en forma independiente. Esto es, no debe preocupar tanto la eliminación o superación a toda costa de dicha condición, sino que debe ser asumida como una realidad que hace parte de la diversidad y fortalece otros principios constitucionales como la tolerancia, el pluralismo y la solidaridad.

1. La interrelación e interdependencia que existe entre los derechos a la salud y a la educación en el caso específico de la niña María Alejandra.

6.3.2.1 ¿Cuál es la responsabilidad de las EPS cuando se ordena el tratamiento integral de un niño en situación de discapacidad?

En este caso, hay una relación muy cercana entre los derechos a la salud y a la educación. Aunque en el parecer del ad-quem la educación especial prescrita por la médica tratante hace parte de un proceso esencial y necesario para el tratamiento de la discapacidad cognitiva de la hija de la peticionaria, ya quedó visto que en consonancia con los instrumentos internacionales debe asegurarse el goce pleno y efectivo de todos los derechos de la población en situación de discapacidad, pero reconociendo la complementariedad entre unas y otras garantías. En el caso concreto existe una interrelación e interdependencia entre el derecho a la salud y el derecho a la educación, por lo cual debe procederse a la protección de cada uno de estos derechos de forma autónoma.

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 con 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 inter-relacionan 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 actora, 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 EPS Coomeva debe prestar el servicio de salud de forma integral en orden a mejorar la calidad de vida de María Alejandra Villa Peña y, la Secretaría de Educación Municipal de Itagüí y la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia en forma subsidiaria y correlativa, deben garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva de la niña María Alejandra.

1. La responsabilidad de las EPS en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los niños y niñas que tienen discapacidades

6.3.3.1 ¿Cuáles son las responsabilidades de las EPS cuando sus afiliados en situación de discapacidad reclaman componentes educativos necesarios para su bienestar?

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.

6.4 CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que quedó acreditada la necesidad de realizar una nueva valoración médica e interdisciplinaria a María Alejandra Villa Peña, la EPS Coomeva 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. En todo caso, como el servicio fue solicitado ante Coomeva, la EPS estará obligada a informarle a María Alejandra Villa Peña, 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 Municipal de Itagüí y la Secretaría de Educación Departamental de Antioquia 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 María Alejandra Villa Peña, atendiendo el tipo de discapacidad que tiene, previa evaluación por profesionales expertos en educación inclusiva.

Se aclara que de no existir una institución de igual especialidad, idoneidad y competencia a la Fundación Integrar, para garantizar el derecho a la educación inclusiva de la niña María Alejandra Villa Peña, deberá ser matriculada en la Fundación Integrar con cargo a los recursos de la Secretaría de Educación y Cultura de Itagüí y subsisaria y correlativamente a la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, pues quedo acreditado con las pruebas allegadas al plenario, que la madre de la niña no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir dicha matrícula, ya que su ingreso base de cotización es de \$950.000.00 y con éste debe cubrir todas las obligaciones básicas del hogar, como la alimentación, vestuario, pago de deudas y servicios públicos. A su vez, de acuerdo con la información del Ministerio de la Protección Social el padre de la niña, señor Antonio José Villa

Gutiérrez, es beneficiario desde el 15 de abril de 2010 de la señora Martha Nubia Cano Aguirre, y al parecer no se encuentra trabajando.

Desde otro punto de vista, de acuerdo con la información que reposa en el plenario y con las pruebas solicitadas y 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.

7 DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto, decretada por la Sala mediante auto del 1 de junio de 2010.

SEGUNDO. CONFIRMAR PARCIALMENTE las sentencias proferidas por los Juzgados Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento y Dieciocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, el 25 de septiembre y el 11 de noviembre de 2009, respectivamente, en cuanto protegieron el derecho fundamental a la salud de la niña MARIA ALEJANDRA VILLA PEÑA.

TERCERO. ADICIONAR las sentencias proferidas por los Juzgados Treinta y Seis Penal

Municipal con Función de Conocimiento y Dieciocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, el 25 de septiembre y el 11 de noviembre de 2009, respectivamente, para TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la educación inclusiva de la niña MARÍA ALEJANDRA VILLA PEÑA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. En consecuencia, ORDENAR a Coomeva EPS que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, realice una nueva valoración médica e interdisciplinaria a MARÍA ALEJANDRA VILLA PEÑA, para lo cual deberá:

- a) Ponerse en contacto con los pedagogos de la Secretaría de Educación Municipal de Itagüí y subsidiaria y correlativamente con la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia.
- 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 Coomeva, la EPS estará obligada a informarle y acompañar a María Alejandra Villa Peña, a través de su representante legal, cuál es la entidad encargada de prestarle el servicio educativo.

QUINTO. ORDENAR a la Secretaría de Educación Municipal de Itagüí y subsidiaria y correlativamente a la Secretaría de Educación Departamental de Antioquia, que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realicen las siguientes gestiones:

- a) Determinen y garanticen el acceso a la institución educativa que de acuerdo a su Plan Educativo Institucional (PEI), realice de mejor manera el derecho a la educación inclusiva en aulas regulares de estudio a la niña María Alejandra Villa Peña, atendiendo el tipo de discapacidad que tiene, previa evaluación por profesionales expertos en educación inclusiva.
- b) De no existir una institución que garantice el derecho a la educación inclusiva de la niña María Alejandra Villa Peña, deberá ser matriculada en la Fundación Integrar con cargo a los recursos de la Secretaría de Educación y Cultura de Itagüí y subsidiaria y correlativamente a la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia.

SEXTO. EXHORTAR 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, profesionales expertos en educación inclusiva, entre otros, 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:

a. Definir sus competencias para brindar la atención requerida por la población en circunstancias de discapacidad.

a. Realizar los ajustes razonables de sus políticas (adecuación) para la efectiva protección de los derechos humanos de esta población.

a. 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.

a. Establecer mecanismos de información y acompañamiento a las personas en situación de discapacidad que requieran servicios educativos.

e) 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.

SÉPTIMO. COMUNICAR la presente decisión al Procurador General de la Nación, para que, dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento de esta providencia.

OCTAVO. 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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-974 DE 2010

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Caso en que se debió aplicarse regla jurisprudencial respecto a la obligación que tiene las EPS de brindar tratamiento integral a personas con discapacidad (Salvamento parcial de voto)

La sentencia se adentra a hacer una evaluación para determinar las responsabilidades de las Empresas Promotoras de Salud y de las Secretarías de Educación, indicando que en virtud del principio de integralidad, esta Corporación ha cubierto ingredientes educativos amparando el derecho a la salud, los cuales, según la sentencia deben ser apoyados en forma independiente, por cuanto su ámbito de aplicación de protección es diferente. En este orden de ideas, ya han existido pronunciamientos emitidos por ésta Corporación en los que se han presentado supuestos de hecho similares a los que se debatieron en la sentencia, aplicando la regla jurisprudencial de obligar a la EPS la prestación del servicio de salud al tratamiento integral, por cuanto son servicios ordenados por los médicos tratantes y de los cuales aunque no se encuentra cubiertos por el POS son necesarios y determinantes para la mejoría en la salud de la personas con discapacidad.

Acción de tutela instaurada por Piedad Cristina Peña Delgado en representación de su hija María Alejandra Villa Peña contra Coomeva E.P.S..

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el acostumbrado respecto por la decisión mayoritaria de la Sala Séptima de Revisión, en el presente escrito me permito expresar las razones por las cuales me separo parcialmente de la posición mayoritaria adoptada dentro del proceso de revisión de tutela de la referencia.

i. Antecedentes

-. La accionante en representación de su hija solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y al desarrollo integral y armónico de su menor. Sostiene que practicados una serie de exámenes de fonoaudiología, otorrinolaringología y neurología durante los años 2004 a 2008 se le diagnosticó un retardo en el desarrollo del lenguaje, hiperactividad y microcefalia.

-. Sostiene que, por consulta particular de septiembre de 2008, la Fundación Integrar de Medellín recomendó que la menor recibiera (i) educación regular en una institución inclusiva (ii) sugirió el programa de apoyo en la fundación. Afirma que el 8 de mayo de 2009, la menor fue atendida por la neuróloga pediatra adscrita a Coomeva EPS por intermedio del Instituto Cardio-Neuro-Vascular, quien diagnosticó déficit cognitivo y microcefalia. Recomendó así mismo un programa integral de terapias y educación especial.

-. Con todo lo dicho, la accionante solicita que por vía de tutela se ordene a la EPS Coomeva

(i) el tratamiento integral especializado que necesita el programa de “Apoyo a la Inclusión” en la Fundación Integrar, y (ii) la exoneración de pago de la cuota moderadora y de los copagos teniendo en cuenta que no posee los recursos económicos para cubrir dicho servicio.

ii. Motivos del Salvamento Parcial de Voto.

La sentencia hace un análisis desde la perspectiva de la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la salud y a la educación de los niños en situación de discapacidad, por la negativa de la EPS a prestar los servicios recomendados por la neuróloga adscrita a aquella, de terapias integrales, al considerar que dicha solicitud no se encuentra dentro del POS y que se trata de un servicio educativo que la EPS no está obligada a cubrir, por exceder la esfera de sus competencias

En este orden, la sentencia se adentra a hacer una evaluación para determinar las responsabilidades de las Empresas Promotoras de Salud y de las Secretarías de Educación, indicando que en virtud del principio de integralidad, esta Corporación ha cubierto ingredientes educativos amparando el derecho a la salud, los cuales, según la sentencia deben ser apoyados en forma independiente, por cuanto su ámbito de aplicación de protección es diferente.

Así, sostuvo la sentencia que respecto a la educación especial debe entenderse como la última opción, esto es, operar de manera excepcional ya que se debe garantizar el acceso al sistema educativo en aulas regulares de estudio, tal y como lo establece la normatividad establecida en la Ley 115 de 1994, el decreto 2082 de 1996, ley 361 de 1997, y el decreto 366 de 2009 las disposiciones que señalan la obligación de las entidades territoriales certificadas a través de la secretaria de educación de organizar la oferta para la población discapacitada o con capacidades o talentos excepcionales.

Sin embargo, la providencia no tuvo en cuenta que esta Corporación ha dispuesto en diferentes fallos de tutela la obligación primordial de propender por la protección del derecho a la salud, obligando a las entidades promotoras de salud prestar tal servicio. Así se ha resuelto en las sentencias T-855 de 2010, T-626 de 2009, T-391 de 2009, T-986 de 2008, T-202 de 2004.

En efecto en la sentencia T-650 de 2009 se resolvió un caso bajo los siguientes supuestos de hecho: (i) los accionantes presentaban un diagnóstico denominado autismo y déficit cognitivo; (ii) solicitaron la protección de sus derechos fundamentales, ya que la respectiva EPS se negaba a autorizar la práctica de las terapias integrales que requerían con el único objeto de mejorar su salud; (iii) los argumentos de la solicitud radicaba en la imposibilidad económica de efectuar el pago de las mismas, ya que este procedimiento se encuentra por fuera del POS, además aducían que la respectiva EPS no tenía la infraestructura para atender niños con discapacidad.

Así, la sentencia no hace un análisis en el que determine cuál es la competencia precisa de las entidades promotoras de salud respecto a las terapias integrales para las personas con

discapacidad, ya que estas tienen por objeto mejorar la salud de dicha población. Por todo lo anterior, dejó expresados los motivos por los que salvo parcialmente el voto en esta providencia.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Corte Constitucional, sentencia T-840 del 11 de octubre de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2 Corte Constitucional, sentencia T-608 del 8 de agosto de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“3 En sentencia T-198 de 2006, la Corte definió los términos de discapacidad y minusvalía, así:

‘17. Con la palabra ‘discapacidad’ se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.

‘18. Minusvalía es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra ‘minusvalía’ describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad’.”

“4 Ver sentencia T-061 de 2006”

5 Corte Constitucional, sentencia T-391 del 28 de mayo de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

6 Ver sobre actos de discriminación por ausencia del desarrollo de acciones afirmativas, las sentencias: T-595 del 1 de agosto de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-951 del 17 de octubre de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-076 del 8 de febrero de 2006 y T-170 del 9 de marzo de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

“7 Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre otras.”

8 Corte Constitucional, sentencia T-531 del 6 de agosto de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“9 Ver Sentencia T-459 de 2007”

“10 Ver Sentencias T-584-07, T-581-07 y T-1234 de 2004.”

11 Ibídem

12 M.P. Alejandro Martínez Caballero

13 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

14 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

15 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

“16 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.”

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

18 M.P. Mauricio González Cuervo.

19 La Corte Constitucional colombiana ha reconocido que las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integran el bloque de constitucionalidad, y en esa medida ayudan a definir el contenido y alcance de los derechos económicos sociales y culturales. Sobre este tema pueden verse, entre otras, las sentencias T-200 de 2007 y T-1248 de 2008.

20 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

21 M.P. Alejandro Martínez Caballero

“22 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.”

23 Clara Inés Vargas Hernández

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

26 M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes

27 LÓPEZ- TORRIJO, Manuel, La inclusión educativa de alumnos con discapacidades graves y permanentes en la Unión Europea. Relieve, Revista electrónica de investigación y evaluación

educativa, Vol. 15, Núm. 1, 2009, pp. 1-20, Universitat de Valencia, España.

28 WADDINGTON, Lisa. From Rome to Nice in a Wheelchair The Development of a European Disability Policy (2006) <http://ssrn.com/abstract=1027867>

29 MOLINER GARCIA, 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, año/vol 6, núm. 002, Madrid, 2008, págs. 27-44

30 *Ibíd.*, pág. 29

31 *Ibíd.* págs. 29-33

32 BERSANELLI, Silvia Laura, La gestión pública para una educación inclusiva, en en REICE. Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación, año/vol 6, núm. 002, Madrid, 2008, págs. 58-70.

33 *Ibíd.*, pág. 66

“34 En la sentencia T-500 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), por ejemplo, la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba ‘una picazón desesperante’), obligaba a la EPS, que había considerado la patología en cuestión como de ‘carácter estético’ sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, (i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

35 Corte Constitucional, sentencia T-760 del 31 de julio de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

36 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-179 del 24 de febrero de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“37T-067/94, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo”

“38T-430/94, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara”

39 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.