



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Magistrado Ponente

STP8377-2024
Radicación N.º 138384
Acta No. 160

Bogotá D. C., dos (2) de julio de dos mil veinticuatro (2024).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación instaurada por SALUD TOTAL EPS, frente al fallo de tutela proferido el 21 de mayo de 2024 por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO, mediante el cual, en decisión mixta, declaró improcedente el amparo dirigido a los Juzgados Penales Primero Municipal y Primero del Circuito de esa ciudad, y lo concedió respecto de los derechos a la salud, educación y dignidad humana del menor **M.P.M.**

Al trámite se ordenó vincular a los Juzgados Primero Penal Municipal, Primero Penal del Circuito, Segundo Civil Municipal, Tercero Civil del Circuito, todos de Sincelejo, el Colegio Nuestra Señora de las Mercedes, la EPS Salud Total, la Secretaría de Salud y la Secretaría de Educación también del mismo municipio.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

1. El menor M.P.M, de 10 años, acude a la demanda de amparo, a través de agente oficioso, en procura de sus derechos fundamentales al debido proceso, salud, educación y dignidad humana que se encuentran conculcados por las accionadas.

2. De acuerdo con lo reseñado por el Tribunal Superior de Sincelejo:

1. El padre del menor M.P.M, de 10 años, aseguró que padece «graves trastornos en salud mental, diagnosticado como autismo», y que está bajo tratamiento médico desde su nacimiento por cuenta de especialistas en neuropediatría, psicología, psiquiatría, fonoaudiología y psicoterapia. Sin embargo, el progreso no ha sido el esperado, de modo que actualmente su calidad de vida y su proceso de desarrollo (cognitivo) están afectados.

2. Se encuentra cursando cuarto de primaria, en el Colegio Nuestra Señora de las Mercedes. Plantel educativo, que el 18 de marzo de 2020, informó a los padres de M.P.M que el joven «requiere un acompañamiento permanente por parte de un tutor o sombra, con el objeto de facilitar su aprendizaje y a la vez protegerlo de cualquier lesión o accidente que pueda

ocurrirle a su integridad física o a la de cualquier tercero». El agente oficioso considera, sin embargo, que dicho servicio o acompañamiento debería ser «de tiempo completo, es decir, una persona que lo acompañe permanentemente en todos sus quehaceres diarios y cotidianos, para de esta forma poder incluirlo a la sociedad y garantizarle un desarrollo cognitivo y una vida digna».

3. Luego de haber solicitado el acceso a dicho servicio a Salud Total EPS y a la Secretaría de Salud de Sincelejo, acudió a una primera demanda de amparo que se tramitó bajo el radicado No. 2022-00105.

3.1. En esa oportunidad, en fallos del 25 de agosto y 29 de septiembre de 2022, los Juzgados Primeros Penales Municipal y del Circuito de Sincelejo, respectivamente, ampararon los derechos fundamentales del actor y le ordenaron a la EPS *«que lo valorara mediante una junta médica interdisciplinaria y que estableciera la necesidad (o no) del maestro sombra, permanente o temporal. En caso de que fuese necesario, se le ordenó a la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo que lo autorizara y que sufragara sus costos.»*

3.2. En octubre de 2022 se inició un incidente de desacato por parte del Juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo, quien se abstuvo de sancionar por cuanto que la Secretaría de Educación se encontraba en imposibilidad jurídica de acatar la orden contentiva en el fallo de tutela.

4. En atención a la desprotección en la que se encontraba -y que aún perdura-, se interpuso una nueva

acción constitucional que se tramitó con el radicado 2023-00243 que fue resuelta desfavorablemente por el Juzgado Segundo Civil Oral Municipal y luego confirmada por el Tercero del Circuito de esa especialidad, ambos de Sincelejo. La decisión se tomó luego de evidenciar que sobre el asunto existía cosa juzgada constitucional.

5. El agente oficioso acudió nuevamente a solicitar la apertura de un incidente de desacato. En esta oportunidad, el referido juzgado de primer grado modificó la orden e impuso la carga de garantizar el tutor sombra a Salud Total EPS.

5.1. Sin embargo, la EPS solicitó la nulidad por haberse lesionado el debido proceso, frente a lo cual el Juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo la declaró y dejó sin efectos la providencia, dejando la situación en el estado en que se encontraba. Además, se abstuvo de sancionar al incidentado mediante auto del 8 de marzo de 2024.

6. Por todo lo anterior, la orden se encuentra incumplida hasta la fecha.

7. En consecuencia, el agente oficioso acude a la acción de tutela nuevamente y aduce que los derechos fundamentales del actor se siguen lesionando, pues las decisiones proferidas no han servido para la protección de sus prerrogativas constitucionales. Pide, entonces, «*que se le ordene a la EPS Salud Total la asignación de un*

«acompañante o sombra, de forma permanente, preferiblemente una fonoaudióloga, en horario de 07:00 a.m. hasta las 07:00 p.m.». Igualmente, las valoraciones y seguimientos periódicos por parte de especialistas en autismo infantil, el reconocimiento del tratamiento integral y la vinculación a «programas de recreación, terapias, equino terapia y en general actividades de inclusión para niños en condiciones especiales».

EL FALLO IMPUGNADO

8. El Tribunal Superior de Sincelejo determinó lo siguiente:

i) En el presente caso no se evidencia una cosa juzgada fraudulenta en el trámite de tutela que se adelantó en el año 2022, por lo que se incumplen los requisitos constitucionales de la acción constitucional contra procesos de la misma naturaleza. Empero, destacó que existió un error en haber ordenado a la Secretaría de Educación que asumiera los gastos del tutor sombra, pues carece de competencia para ello.

*ii) Descartó la temeridad en la interposición de esta nueva acción constitucional, pues no existe mala fe del actor. Ello, al considerar que se está en una de las excepciones habilitadas por la jurisprudencia constitucional al encontrarse en «(i) La condición de ignorancia o **indefensión del actor, propia de aquellas situaciones en que los***

individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe.» (CC SU-027/2021).

iii) Destacó la necesidad de pronunciarse de fondo sobre el asunto, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues así lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva del menor, quien se encuentra en condición de vulnerabilidad al tener dos fallos de tutela favorable a sus intereses, pero que no han materializado la protección constitucional.

9. Ante este contexto, analizó la lesión de los derechos fundamentales de M.P.M al negársele el acceso a un tutor sombra que garantice sus derechos a la salud, educación y dignidad humana. Frente a este asunto, luego de reseñar de manera detallada y suficiente las pruebas obrantes en el expediente, indicó:

«Así las cosas, la valoración individual y conjunta de las pruebas permite concluir que (a) el menor M.P.M tiene 10 años y se encuentra en situación de discapacidad, al menos, desde el año 2018 (diagnosticado), lo cual afecta el desarrollo de sus habilidades cognitivas esenciales: lenguaje, atención y memoria. Esto repercute, por efecto, en su entorno académico, social y afectivo. Por lo tanto, es un sujeto de especial protección constitucional, que merece un tratamiento diferenciado en orden a reafirmar la vigencia de sus derechos fundamentales.

43. De igual manera, (b) es factible concluir que la necesidad del profesor o tutor sombra fue expresamente reconocida, entre 2021 y 2022, por los diferentes médicos tratantes del joven M.P.M. Igualmente, que (c) en la actualidad, tras 6 años de acompañamiento, el apoyo por la fonoaudióloga

contratada por los padres del menor ha dado algunos resultados satisfactorios, permitiéndole afrontar su proceso de formación escolar con mayores y mejores herramientas. Sin embargo, dicho progreso aun no es del todo satisfactorio, (d) de modo que todavía están vigentes varias de las condiciones que hacen necesario continuar con el tutor o profesor sombra de cara a la efectividad del tratamiento médico y, en especial, el proyecto y la calidad de vida del niño.»

10. Luego, se ocupó de los argumentos por los cuales Salud Total EPS se opone al reconocimiento del servicio, los cuales se apoyan en que: *«i) no forma parte del PBS con cargo a la UPC y, además, (ii) es la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo quien tiene la competencia y el deber de suministrarlo, por tratarse de un servicio educativo y no solo de salud.»*

10.1. Frente a estos, precisó que i) la Corte Constitucional ha habilitado de manera excepcional que se reconozcan servicios médicos fuera de la UPC siempre que se cumplan una serie de requisitos contenidos en la CC T-025/2023; los cuales se acreditan en este caso.

10.2. Por su parte, también acreditó que la familia del menor se encuentra en incapacidad económica para sufragar ese servicio por su cuenta, conforme a las pruebas obrantes en el expediente. Por ello, desconocer esta situación, lesionaría también el derecho al mínimo vital de la familia.

10.3. En lo que respecta a la competencia para asumir la obligación de prestar el servicio de tutor o profesor

sombra, destacó que esta recae en el Colegio Nuestra Señora de las Mercedes, donde estudia M.P.M, en articulación con Salud Total EPS, pues *«las condiciones de aprendizaje deben armonizarse con buenas condiciones de salud.»*

10.4. Indicó, además, que, aunque el servicio tiene un impacto en la educación del actor, no deja de ser uno de carácter médico. Por ello, la vulneración de derechos *«se predica del derecho a la salud en conexidad con el de educación, el de la dignidad humana e, incluso, el mínimo vital de la familia del menor que no cuenta con los recursos necesarios para atender el acompañamiento que requiere su descendiente.»*

10.5. Señaló que la EPS cuenta con la posibilidad *«de agotar el procedimiento administrativo de recobro ante el ADRES a fin de cubrir la financiación de los servicios en salud no cubiertos por el PBS con cargo a la UPC, como el tutor o profesor sombra.»*

11. Por lo anterior, resolvió:

«SEGUNDO: TUTELAR los derechos a la salud, a la educación, a la vida digna y al mínimo vital de M.P.M. En consecuencia, SE ORDENA a la EPS Salud Total que, dentro de los siguientes 10 días hábiles, garantice la prestación del servicio de tutor o profesor sombra, con un especialista en fonoaudiología, diariamente y solo durante la jornada estudiantil dispuesta por la institución educativa. Se le ordenará al Colegio Nuestras Señora de las Mercedes que, en coordinación con la EPS, disponga de todas las medidas necesarias para que dicho acompañamiento sea efectivo. Tal como se plasmó en la parte considerativa, la obligación de la

EPS podría tener como límite si el servicio deja de ser necesario y pertinente para el tratamiento médico o si, en cambio, la familia del menor, por diversos factores, adquiere mejores condiciones económicas para cumplir su deber de solidaridad familiar.»

LA IMPUGNACIÓN

Fue propuesta por Salud Total EPS, quien basa su inconformidad en lo siguiente:

i) Ha cumplido con los servicios contenidos en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

ii) El maestro sombra no fue ordenado explícitamente en la historia clínica, *«pues neuropsicóloga sugiere al colegio: establecer técnicas de retroalimentación constante en clase, además de adaptación curricular desde contenidos nucleares hasta flexibilidad en tiempos de entrega y acompañamiento escolar.»*

iii) El maestro sombra es un servicio educativo y no de salud.

iv) La Resolución 224 de 2019 establece una exclusión del Plan de Beneficios en Salud, las sombras terapéuticas.

v) Pide que no se acceda a ordenar un tratamiento integral futuro, pues es una mera expectativa.

vi) En caso de considerar acertada la decisión de primer grado, deberá también establecer que a *«Salud Total*

EPS le asiste el derecho de recobrar ante ADRES por todos aquellos servicios que sean autorizados con ocasión de la orden impartida, ello para evitar que se cause una afectación de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público.»

Por lo anterior, solicita denegar el amparo por falta de legitimación por pasiva. Considera que la determinación debe dirigirse a la Secretaría de Educación de Sincelejo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para resolver la impugnación instaurada por el actor, contra el fallo de tutela que emitió la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, de quien es su superior funcional.

2. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando, por acción u omisión sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable.

3. En sede de impugnación, el juez constitucional debe verificar el contenido de la misma, en contraste con el acervo probatorio y el fallo, tanto que, si a su juicio la sentencia carece de fundamento, procederá a revocarla o de lo contrario la confirmará, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se regula el trámite de impugnación.

Delimitación del debate.

4. En el presente caso, no se encuentra en discusión que M.P.M es un sujeto de especial protección constitucional por dos condiciones a saber: i) tiene 10 años de edad, y ii) sufre de una discapacidad mental debidamente sustentada y demostrada en el expediente, pues padece de «F840 autismo en la niñez, F721 Retraso mental grave: deterioro del comportamiento significativo que requiere atención o trámite y F419 Trastorno de ansiedad no especificado»¹ o «F840 Autismo en la niñez» y se añadió los de «F918 Otros trastornos de la conducta y F818 Otros trastornos del desarrollo de habilidades escolares»² según consta en su historia clínica.

4.1. A raíz de sus padecimientos, mediante fallos de tutela proferidos en el expediente 2022-00105 del año 2022, se ordenó a la Secretaría de Educación de Sincelejo «AUTORIZAR Y SUFRAGAR, los costos de ese maestro de

¹ Historia clínica del 29 de agosto de 2023, suscrita por la Dra. Alicia Sánchez Quintana.

² Historia clínica del 24 de noviembre de 2023, suscrita por el Dr. Carlos Villegas Arenas.

acompañamiento», luego de efectuarse una evaluación por un grupo interdisciplinario de expertos en salud que determinaran «si el menor M.P.M requiere o no el acompañamiento de un maestro “sombra” para su proceso educativo, de carácter permanente o temporal.»

4.2. Luego de acreditar que el menor requiere este servicio para acompañarlo en su proceso educativo, la orden de tutela no ha sido acatada por la aparente incapacidad jurídica de la Secretaría de Educación Municipal, tal como se anotó en los antecedentes de esta providencia.

4.3. Lo cierto -frente a lo cual el impugnante no elevó reclamo alguno- es que M.P.M sigue estando en una situación lesiva de sus derechos fundamentales, pese a obtener una respuesta favorable de las autoridades judiciales, pero que, a la larga, no han materializado una protección adecuada a sus garantías constitucionales.

4.4. Por ello, en la práctica, el estado lesivo de los derechos fundamentales del menor persiste y, por lo tanto, exige un pronunciamiento de fondo por parte de la judicatura, descartando que pueda hablarse de una cosa juzgada constitucional y, mucho menos, de temeridad en el actuar del padre de M.P.M. Además, ello no fue objeto de debate por las partes involucradas.

4.5. Dicho lo anterior, en el presente caso no se discute la condición de salud del menor, ni que médicamente se le

haya formulado el acompañamiento de un tutor o maestro sombra que acompañe su proceso educativo y coadyuve en garantizar sus derechos fundamentales a la educación, igualdad y dignidad humana. Por ello, el debate se centra en determinar, de acuerdo con la impugnación, quién es el responsable de sufragar los costos de dicho acompañamiento.

4.6. Con esta finalidad, se abordará de manera general el derecho al acceso inclusivo a la educación y a la salud de los Niños Niñas y Adolescentes (NNA), el marco normativo que lo orienta y la jurisprudencia constitucional vigente frente a las terapias sombra, para luego aplicar esas consideraciones al caso en concreto.

El modelo social de la discapacidad de Niños Niñas y Adolescentes (NNA). Derechos a la salud y la educación.

5. El derecho fundamental a la salud se encuentra definido en el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, el cual dispone que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado que debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. No implica solamente el derecho a estar sano o a preservar la normalidad orgánica funcional, física y mental, sino abarca una amalgama de factores socioeconómicos, bienes y servicios que le permitan a la persona la posibilidad de llevar una vida sana y digna (CC SU475/2023).

5.1. El derecho a la salud de los NNA que se encuentran en situación de discapacidad, es objeto de una protección constitucional reforzada, debido a su condición de vulnerabilidad.

5.2. De allí se deriva una serie de garantías especiales como

«i) *El derecho a recibir cuidados especiales y adecuados de acuerdo con los diferentes ciclos vitales que garanticen la eliminación o disminución de “las limitaciones en las actividades de la vida diaria” de forma expedita* ii) *El mandato de protección a la salud prevalente y prioritaria que exige que la atención en salud de los NNA en situación de discapacidad sea prestada de forma inmediata sin obstáculos legales, administrativos o económicos de ninguna índole* y iii) *La garantía cualificada del principio de integralidad, lo que implica que las entidades del SGGGS y el juez constitucional deben aplicar un enfoque diferencial y están llamados “a flexibilizar los requisitos para el otorgamiento de los servicios y las tecnologías en salud”*» (CC SU475/2023).

5.3. En este marco, se ha definido que existe un enfoque terapéutico de Análisis Conductual Aplicado que busca coadyuvar los procesos de salud y educación de los NNA que tienen Trastornos del Espectro Autista.

5.4. Ahora bien, los NNA en situación de discapacidad, también tienen derecho a una educación inclusiva. Ello, pues:

«La garantía de los derechos de las personas en situación de discapacidad debe girar en torno a brindar herramientas para vivir de manera independiente y a ser incluidos en la comunidad. La escuela es un escenario ideal para otorgar esas herramientas y, por lo tanto, el derecho a la educación de una persona en situación de discapacidad, como cualquier otro derecho, debe ser materializado de manera tal que le permita mayor independencia y la incluya plenamente en la sociedad. Ese es también uno de los propósitos centrales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues los Estados parte se comprometieron con la garantía de la autonomía, la independencia individual, la libertad para tomar decisiones de las personas en situación de discapacidad y su inclusión plena y efectiva en la sociedad.» (CC T 119/2024)

5.5. Derivadas de las obligaciones convencionales, legales y reglamentarias en la materia, el Decreto 1421 de 2017 reglamentó el marco de la educación inclusiva en Colombia, donde se habló de las competencias para estructurar los Planes Individuales de Ajustes Razonables (PIAR) que son la *«herramienta utilizada para garantizar los procesos de enseñanza y aprendizaje de los estudiantes, basados en la valoración pedagógica y social, que incluye los apoyos y ajustes razonables requeridos, entre ellos, los curriculares, de infraestructura y todos los demás necesarios para garantizar el aprendizaje, la participación permanencia y promoción. Son insumo para la planeación de aula del respectivo docente».*

5.6. Dentro de los apoyos para materializar la educación inclusiva es usual que se exijan algunos acompañamientos de tutores o maestros sombra, los cuales, según la postura de la Corte Constitucional, en oportunidades implican

tensiones con el modelo de la inclusión educativa, en líneas generales, porque pueden generar dependencia, segregar al estudiante y reñir con la finalidad de autonomía que se pretende.

5.7. Por otra parte, aunque se hable indistintamente entre los diferentes tipos de tutor sombra, existe una diferencia entre el acompañamiento que busca un soporte dentro y fuera del aula, de aquel que propende exclusivamente por un apoyo dentro del contexto educativo:

*«Por ejemplo, sobre la figura de tutor sombra, la Corte Constitucional empleó en la jurisprudencia el uso de ese concepto para referirse, de manera indistinta, a los acompañamientos permanentes dentro y fuera del aula. Sin embargo, como se precisó anteriormente, la sentencia SU-475 de 2023 introdujo una distinción entre los acompañamientos o docentes de apoyo pedagógico **y la figura de los tutores sombra o sombras terapéuticas**. Al respecto, la Sala Plena sostuvo que **los tutores sombra son servicios de salud** que: (i) tienen una finalidad general de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación integral en salud y (ii) buscan garantizar un acompañamiento permanente de la persona fuera de la escuela. Por su parte, la Sala manifestó que **los docentes de apoyo pedagógico en el aula tienen una finalidad prevalentemente educativa y pedagógica** pues, en principio, están dirigidos a atender una “necesidad educativa propia del proceso de educación inclusiva”.*

90. Lo anterior implica que en esa sentencia la Corte renunció al uso del término “tutor sombra” para denominar los diferentes tipos de acompañamiento en el aula para estudiantes en situación de discapacidad. Como término alternativo para escenarios educativos, la sentencia optó por “docente de apoyo personalizado”. En ese caso era clara la finalidad pedagógica del acompañamiento requerido por el niño accionante, así que el término empleado por la sentencia

se ajustó a las características del apoyo ordenado. No obstante, como puede concluirse de la jurisprudencia constitucional, no en todos los casos los acompañamientos en el aula tienen una finalidad pedagógica. Existen situaciones en los que con esos acompañamientos se pretende atender necesidades de carácter terapéutico o asistencial. Por lo tanto, debido a la diversidad de necesidades que pueden satisfacerse con los acompañamientos en el aula, en esta providencia se preferirá el término “apoyo educativo para la inclusión”.

5.8. Ahora bien, la forma de financiación de los diversos componentes que integran el derecho a la salud se encuentra definido en el Plan de Beneficios en Salud, el cual establece los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios. Estos deben tener en cuenta el principio de integralidad que *«impone al Estado la obligación de “asegurar la disponibilidad de todos los tratamientos, medicamentos e intervenciones necesarias para garantizar la plenitud física y mental de los individuos».*

5.9. No obstante, este principio no es absoluto, pues se han establecido unas restricciones que se consideran constitucionalmente admisibles de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

5.10. Frente a las exclusiones, se ha previsto un modelo expreso, que es definido por el Ministerio de Salud y Protección Social. El numeral 49 del Anexo técnico de la Resolución 2273 de 2021, excluye a las sombras terapéuticas del listado de servicios y tecnologías financiados con los recursos de la salud.

5.11. Pese a estar excluido expresamente del PBS, la Corte Constitucional ha indicado que es posible que dicho acompañamiento se financie con cargo de los recursos de la salud, siempre que se cumplan con los siguientes criterios: «i) El servicio o tecnología en salud excluido debe haber sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro. (ii) La ausencia del servicio o tecnología en salud excluido causa una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente. (iii) No existe dentro del PBS otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad. (iv) El paciente carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud.»

5.12. Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia SU 475/2023, definió también las responsabilidades de las diferentes entidades cuando el acompañamiento sombra se dirija exclusivamente a favorecer el proceso educativo del NNA en situación de discapacidad. Sobre esta distinción entre los derechos a la salud y educación, esto dijo el tribunal constitucional:

«La Corte Constitucional ha reiterado que estos apoyos constituyen un servicio o prestación de educación, dado que, en principio, tienen como finalidad atender una “necesidad educativa propia del proceso de educación inclusiva”. Asimismo, ha precisado que se diferencian de las “terapias sombra” o los asistentes personales en ambiente natural, en

tanto estos últimos son permanentes -no se restringen al entorno escolar- y tienen una finalidad prevalente de habilitación y rehabilitación en salud.»

5.13. En materia de responsabilidades, indicó que *«el Decreto 1421 de 2017 establece que, conforme al principio de corresponsabilidad, la familia, el Estado y las instituciones educativas deben concurrir en la adopción e implementación de los ajustes razonables que el alumno con discapacidad requiera».*

5.14. Ahora bien, partiendo de la existencia de un vacío legal frente a las responsabilidades de asumir este tipo de servicios en instituciones educativas de naturaleza privada, en la referida sentencia se zanjó el asunto de la siguiente manera:

«1. Las instituciones de educación privada están obligadas a implementar los ajustes razonables que los estudiantes con TEA o en situación de discapacidad requieran para el pleno goce y ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad. Los docentes de apoyo personalizado en aula constituyen ajustes razonables que deben ser implementados siempre que exista un concepto médico o técnico que compruebe que el estudiante las requiere o en el marco de la construcción del PIAR se concluya que el servicio es necesario para el adecuado desarrollo de su plan de estudios.

2.La asignación de docentes de apoyo personalizado debe ser excepcional puesto que, en principio, es más conveniente para la autonomía e independencia del estudiante y eficiente para el fortalecimiento de los procesos de inclusión, que un mismo docente de apoyo pueda atender a muchos alumnos, con o sin discapacidad.

3. En aquellos casos en los que exista concepto técnico o médico que evidencie que el NNA con TEA o en situación de discapacidad requiere de un docente de apoyo personalizado para su pleno desarrollo educativo, la institución educativa privada deberá:

(i) Formular y/o adecuar el PIAR del estudiante, el cual deberá integrar la prestación del servicio a cargo del docente de apoyo personalizado del estudiante.

(ii) Informar a la familia o red de apoyo del estudiante si, en el marco del programa de educación inclusiva del establecimiento, cuenta con docentes de apoyo que puedan prestar el servicio en las condiciones que el estudiante lo requiere. El establecimiento educativo y la familia podrán llegar a un acuerdo para que los docentes con los que cuente el colegio presten el servicio de acompañamiento al NNA con TEA o en situación de discapacidad.

(iii) En caso de que no se cuente con docentes de apoyo que puedan prestar el servicio, la institución educativa privada deberá (a) adelantar las gestiones para determinar el costo del servicio y (b) acordar de buena fe con la familia o red de apoyo el esquema de financiación.

4. La responsabilidad preferente de la financiación del docente de apoyo personalizado está a cargo de la familia o red de apoyo del estudiante. La responsabilidad de la familia en la asunción de los costos de los docentes de apoyo personalizado en aula se deriva de (i) el artículo 7º de la Ley 115 de 1994, (ii) el principio de solidaridad familiar y (iii) la decisión libre y voluntaria de matricular al NNA en una institución educativa privada, en la que el servicio de educación no es gratuito.

5. La falta de capacidad económica de las familias o red de apoyo para asumir el costo del docente de apoyo personalizado no puede constituir una barrera absoluta para que los NNA en situación de discapacidad sean matriculados o se mantengan en instituciones de educación privada. No es constitucionalmente admisible que, en estos casos, las

familias se vean obligadas a trasladar al NNA con TEA a una institución de educación pública, pues esto puede conducir a la segregación y exclusión de los NNA con TEA o en situación de discapacidad y afectar sus derechos. En estos casos, la institución de educación privada debe concurrir a la financiación del servicio.

6.La institución de educación privada debe contribuir a la financiación del servicio mediante recursos propios, o por medio del incremento de las matrículas, pensiones y pagos periódicos que cobra al resto de los estudiantes.

7.Una vez acordado el esquema de financiación del servicio con la familia o red de apoyo del estudiante con TEA o en situación de discapacidad, el establecimiento educativo deberá llevar a cabo las gestiones para la contratación del docente de apoyo personalizado y su implementación en el marco del PIAR.»

Análisis del caso en concreto.

6. Conforme al marco jurídico y jurisprudencial esbozado anteriormente se abstraen las siguientes conclusiones:

i) Al menor M.P.M se le formuló el acompañamiento de un tutor sombra para apoyarlo en su **proceso educativo** al interior del aula de clases y no como complemento de su entorno social y personal.

ii) Por ello, no debe ser considerado como un servicio de salud, pues no está destinado a realizar «el acompañamiento o apoyo terapéutico permanente, también denominado “acompañante sombra extracurricular”, “terapia

sombra” o “sombra terapéutica”,» con el propósito de «vincularlo con el mundo exterior». Y, además, no (i) tienen una finalidad general de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación integral en salud y (ii) buscan garantizar un acompañamiento “permanente” al menor en el “ambiente natural”.

iii) Entonces, el servicio debe ser valorado conforme a las pautas jurisprudenciales del derecho fundamental de los NNA a recibir una educación inclusiva.

iv) Bajo este contexto, comoquiera que el argumento central de la primera instancia que llevó a imputar la responsabilidad a SALUD TOTAL EPS fue la pertenencia del menor a un plantel educativo privado, entonces se deberán aplicar las pautas contenidas en la sentencia SU 475 de 2023.

7. Como se indicó, la obligación de asumir las cargas de los componentes del acompañamiento pedagógico sombra en el aula de clases recae en i) la familia, ii) la institución educativa y iii) el municipio, a través de la Secretaría de Educación.

7.1. Adicionalmente, de acuerdo con el material obrante en el expediente y las conclusiones a las que arribó la primera instancia, la familia no cuenta con los recursos económicos para afrontar las cargas de financiar el maestro sombra, lo cual tampoco se discute por ninguna de las partes.

7.2. Por ello, el plantel educativo será quien deba afrontar esa carga, como se anotó en la decisión de unificación.

7.3. Ahora bien, la Corte Constitucional también ha reconocido el rol de las EPS en estos asuntos y, en un caso similar, le ordenó que asumiera los costos de la prestación del servicio de tutor sombra hasta tanto este fuera asumido por el municipio (T 119/2024).

7.4. En consecuencia, es claro que el acompañamiento que requiere M.P.M debe ser asumido por el plantel educativo en el que estudia y, subsidiariamente, como se anotó en la sentencia SU 475 de 2023, por el municipio. Sin embargo, en aras de evitar traumatismos en el proceso de implementación del esquema definitivo, la Corte Constitucional también ha vinculado a las EPS para que transitoriamente asuman las cargas hasta tanto se llegue a una solución final.

7.5. Por ello, se confirmará el fallo de primer grado, pero se modificará su parte resolutive, en el sentido de ordenar lo siguiente:

1. Al Colegio Nuestra Señora de las Mercedes, para que, en el plazo de un (1) mes, realice un plan de acción en el que se definan las formas de financiación para que se garantice al actor la prestación del servicio de tutor o profesor sombra, con un especialista en fonoaudiología, diariamente y solo durante la jornada estudiantil. Este plan deberá

ponerse en marcha en Enero de 2025 para efectos de contar con suficiente tiempo para adecuar su infraestructura presupuestal y física a la que haya lugar.

2. A la Secretaría de Educación Municipal que realice un acompañamiento permanente al Colegio Nuestra Señora de la Mercedes para la realización del plan de acción que busque garantizar el servicio. En caso de advertir que el plantel no puede asumir dichas cargas económicas, deberá responder solidariamente por su financiación conforme a las pautas de la decisión SU 475 de 2023.

3. La EPS SALUD TOTAL deberá sufragar los costos del maestro sombra hasta que se implemente el plan por parte de la institución educativa, cuyo plazo se cumple en enero de 2025.

7.6. Por último, la EPS solicita que se ordene el reconocimiento de la devolución de los dineros invertidos a través del ADRES; sin embargo, en atención al carácter residual de este mecanismo, es necesario que la entidad realice las gestiones administrativas ordinarias.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1, DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo impugnado, conforme a la parte motiva de esta providencia.

2. MODIFICAR la parte resolutive de la providencia en cita, la cual quedará así:

«Primero: DECLARAR la improcedencia de la tutela en relación con las pretensiones dirigidas contra las decisiones de tutela de los despachos judiciales accionados.

Segundo: AMPARAR el derecho fundamental a la educación, dignidad humana y mínimo vital de M.P.M. En consecuencia, se ordena:

1. Al Colegio Nuestra Señora de la Mercedes, para que, en el plazo de un (1) mes, realice un plan de acción en el que se definan las formas de financiación para que se garantice al actor la prestación del servicio de tutor o profesor sombra, con un especialista en fonoaudiología, diariamente y solo durante la jornada estudiantil. Este plan deberá ponerse en marcha en Enero de 2025 para efectos de contar con suficiente tiempo para adecuar su infraestructura presupuestal y física a la que haya lugar.

2. A la Secretaría de Educación Municipal que realice un acompañamiento permanente al Colegio Nuestra Señora de la Mercedes para la realización del plan de acción que busque garantizar el servicio. En caso de advertir que el plantel no pueda asumir dichas cargas económicas, deberá responder solidariamente por su financiación conforme a las pautas de la decisión SU 475 de 2023.

3. La EPS SALUD TOTAL deberá sufragar los costos del maestro sombra hasta que se implemente el plan por parte de la institución educativa, cuyo plazo se cumple en enero de 2025.

Tercero: El plantel educativo y la Secretaría de Educación suspenderán el servicio en caso de que deje de ser necesario y pertinente para la realización del tratamiento terapéutico del actor, o cuando la familia adquiera mejores condiciones económicas que lo habiliten para su financiación.»

3. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.

4. ENVÍESE la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 8793DE381D4B66ECBCDEC3A790A74AC7CDE2923CFAA9CC50FC8280ACAEC5A8F0
Documento generado en 2024-07-10

Sala Casación Penal@ 2024