



**ACCIONANTE:** LUIS HERNANDO ACERO BUSTOS en representación de su hijo SERGIO ANDRÉS ACERO RAMÍREZ  
**ACCIONADA:** EPS SANITAS  
**VINCULADAS:** INVIMA, Ministerio de Salud, Secretaria de Salud de Boyacá, Secretaria de Educación Municipal de Tunja, Centro de rehabilitación Integral de Boyacá E.S.E., Colegio Gimnasio Juan de Castellanos, Ministerio de Educación Nacional, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (ADRES) y LEYDI AMANDA RAMIREZ CRUZ.  
**RADICACIÓN:** 15001-40-71-001-2024-00041-00  
**ACCIÓN:** TUTELA

**Tunja, Boyacá, dos (02) de abril de dos mil veinticuatro (2024)**

## 1. ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la acción constitucional de Tutela interpuesta por LUIS HERNANDO ACERO BUSTOS en representación de su hijo SERGIO ANDRÉS ACERO RAMÍREZ en contra de EPS SANITAS, donde se vinculó al INVIMA, al Ministerio de Salud, a la Secretaria de Salud de Boyacá, a la Secretaria de Educación Municipal de Tunja, al Centro de rehabilitación Integral de Boyacá E.S.E., al Colegio Gimnasio Juan de Castellanos, al Ministerio de Educación Nacional, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (ADRES) y a la señora LEYDI AMANDA RAMIREZ CRUZ, en procura de obtener protección constitucional a sus derechos fundamentales a la salud, calidad de vida y dignidad humana.

## 2. ANTECEDENTES

### 2.1. Situación Fáctica

Manifiesta LUIS HERNANDO ACERO BUSTOS, que su hijo SERGIO ANDRÉS ACERO RAMÍREZ tiene 9 años, que en el sistema de salud es beneficiario de su progenitora en la EPS SANITAS; Que a la edad de 2 años fue diagnosticado con el síndrome Dandy Walker; que como consecuencia de su patología el niño ha desarrollado una serie de diagnóstico entre ellos Encefalopatía Epiléptica, desnutrición Proteico Calórica, problemas relacionados con la limitación de las actividades y retraso mental, a causa del cromosoma X Malformación de Dandy Walker – enfermedad de los ganglios basales – convulsiones frecuentes; que actualmente tiene tratamiento con los medicamentos de Etosuximida 250mg tableta, administrar 250mg cada 12 horas (60 tabletas por mes), medicamento que no recibe hace dos meses por no entrega por parte de la EPS, el medicamento levetiracetam 2g/día (10ml cada doce horas), ácido valproico 800g/día (400 mg cada 12 horas en jarabe 28 mg/kg/días), y terapia ecogénica con ketovolve 68 gr/día; que además, debe darse una dieta especial rica en proteínas y verduras, proporcionada por gramaje; que en marzo de 2023, la Neuropsicóloga le realizó a Sergio un examen para saber los procesos cognitivos, y el coeficiente intelectual, el cual arrojó un coeficiente intelectual de 45, lo que corresponde a una discapacidad intelectual moderada, que dado la discapacidad en 2023 la EPS le expidió carnet vitalicio de discapacidad; que las patologías han deteriorado la salud de su hijo y cada vez es más dependiente, por lo que los médicos han recomendado que Sergio no puede estar solo, debe permanecer siempre con una persona y tomar el medicamento en los horarios establecidos y la dosis específica, la alimentación en las porciones y horarios indicados por nutrición, que la progenitora de Sergio desde noviembre del año 2022 solamente le aporta una cuota mensual en dinero, no ayuda con el cuidado de Sergio y la cuota aportada no alcanza para los cuidados y tratamiento del mismo, que es hombre cabeza de hogar, tiene la custodia de sus dos hijos el mayor de 22 años que estudia en la universidad y de Sergio; que trabaja independiente como técnico de CCTV y seguridad digital donde gana



aproximadamente \$2.000.000, que por esto no puede cuidar todo el tiempo a su hijo Sergio como él necesita; que Sergio no puede estar solo requiere una persona que lo guíe y lo cuide.

Aduce también, que el 31 de enero de 2024 en control con la neuróloga pediatra indico que su hijo requiere acompañante terapéutico durante la jornada escolar de lunes a viernes debido a sus patologías; que su hijo actualmente cursa grado tercero en el colegio Gimnasio Juan de Castellanos con un horario de 8 am a 5 p.m. a esperas que en su jornada escolar este con el acompañante terapéutico, que hace dos meses la EPS no entrega el medicamento; que el 04 de marzo solicito a la Neuropediatría cambiar el medicamento quien le manifestó, no ser posible y se le debe suministrar al niño para que se mantenga estable, que el 6 de febrero radicó petición a SANITAS solicitando la asignación del acompañante terapéutico debido a que no cuenta con capacidad económica para sufragar el gasto de enfermería o cuidador, que el 23 de febrero la EPS dio respuesta indicando que el acompañante terapéutico no es una prestación calificada que atienda el restablecimiento de la salud, por lo que no es considerado un servicio de salud si no un servicio social, que no hace parte el PBS.

## 2.2. Pretensiones:

Solicita LUIS HERNANDO ACERO BUSTOS en representación de su hijo SERGIO ANDRÉS ACERO RAMÍREZ, que:

- 2.2.1. Se ordene a SANITAS la entrega de forma inmediata del medicamento Etosuximida 250mg tableta, el cual es indispensable para el tratamiento de su hijo Sergio Andrés.
- 2.2.2. Se ordene a SANITAS le asigne un acompañante terapéutico durante la jornada escolar de lunes a viernes para SERGIO ANDRES ACERO RAMÍREZ, debido a que no cuenta con la capacidad económica para sufragar el gasto que implica tener un enfermero o cuidador que le brinde acompañamiento y cuidados a su hijo, pues debe costear la movilización a terapias, consultas, examen, y a la vez debe trabajar por lo que no tiene la disponibilidad y el tiempo para cuidarlo las 24 horas del día como Sergio Andrés, lo requiere.

## 3. ACTUACIÓN PROCESAL

La Tutela fue presentada el 14 de marzo de 2024 a las 04:58 p.m., por medio de correo electrónico ante la Oficina de Reparto de Tunja, asignada a este Despacho Judicial donde fue radicada en la baranda virtual el 15 de los mismos a las 08:51 a.m.<sup>1</sup>; mediante Auto del 15 de marzo, se admitió la Acción en contra de EPS SANITAS y se vinculo al Centro de rehabilitación Integral de Boyacá E.S.E. y al Colegio Gimnasio Juan de Castellanos, otorgándoles el término de 48 horas para dar contestación a la tutela y ejercer su derecho a la defensa, los cuales se notificaron en la misma fecha mediante correo electrónico, y cuyas constancias de envío, entrega y recibido aparecen al interior del expediente<sup>2</sup>.

El 17 de marzo de 2024 Diana Carolina Betancourt, directora del colegio GIMNASIO JUAN DE CASTELLANOS, allegó respuesta a la acción de tutela.<sup>3</sup>

El 18 de marzo de 2024, Zulma Cristina Montaña Martínez, gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Rehabilitación Integral de Boyacá, allegó respuesta a la acción de tutela<sup>4</sup>.

El 19 de marzo de 2024, Eduardo José Barrios Guzmán, en calidad de director de Oficina de la EPS SANITAS, allego contestación a la tutela.<sup>5</sup>

A través de auto del 20 de marzo de 2024, se dispuso vincular a la acción de tutela, al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), al Ministerio de

<sup>1</sup> Archivos PDF 02ConstanciaDeRecepciónDeTutela2024-00041-00; 03ActaDeRepartoDeTutela2024-00041-00; y 04AcciónDeTutela2024-00041-00YAnexos, del expediente en OneDrive.

<sup>2</sup> Archivos PDF 05AvocaConocimientoDeTutela2024-00041-00; 06ConstanciaDeEnvíoYEntregaNotificaciónAutoAvocaConocimiento; del expediente en OneDrive.

<sup>3</sup> Archivos PDF 07RespuestaColegioJuandeCastellanose; del expediente en OneDrive.

<sup>4</sup> Archivos PDF 08RespuestaCRIB, del expediente en OneDrive.

<sup>5</sup> Archivos PDF 09RespuestaTutelaSanitas, del expediente en OneDrive.



Salud, a la Secretaria de Salud de Boyacá y a la Secretaria de Educación Municipal de Tunja, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, se pronuncien sobre los hechos constitutivos de la acción, aportando los documentos que acrediten su dicho y la calidad en que actúan, de ser necesario.<sup>6</sup>

El 21 de marzo de 2024, Fredy Arley Suárez Pineda, obrando en calidad de apoderado judicial del Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud de Boyacá, allegó respuesta a la tutela.<sup>7</sup>

El 22 de marzo de 2024, Jairo Alberto Pardo Suarez, en calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, allegó respuesta<sup>8</sup>.

El 22 de marzo de 2024, Diana Carolina Morena Suesca, en calidad de directora del departamento administrativo de gestión jurídica y defensa institucional y apoderado general del alcalde de la ciudad de Tunja, allegó respuesta a la acción de tutela<sup>9</sup>.

A través auto del 26 de marzo de 2024, se dispuso vincular al Ministerio de Educación Nacional, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (ADRES) y a la señora LEYDI AMANDA RAMIREZ CRUZ, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, se pronuncien sobre los hechos constitutivos de la acción, aportando los documentos que acrediten su dicho y la calidad en que actúan, de ser necesario<sup>10</sup>.

El 26 de marzo de 2024, Oscar Fernando Cetina Barrera, actuando en nombre y representación del Ministerio de Salud y Protección Social, allegó respuesta a la acción de tutela<sup>11</sup>.

A través de auto del 27 de marzo de 2024, se requirió a Luis Hernando Acero Bustos y a Leydi Amanda Ramírez Cruz, en su condición de progenitores del menor, para para informaran bajo la gravedad de juramento que personas se encuentran conformando su núcleo y red familiar, y si son poseedores o propietarios de bienes o de algún establecimiento de comercio o si en su defecto, se encuentra actualmente prestando alguna labor o servicio por el cual perciba remuneración, indicando el valor del ingreso mensual.<sup>12</sup>

El 27 de marzo de 2024, Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, obrando como apoderado de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, allegó respuesta.<sup>13</sup>

El 27 de marzo de 2024, Amanda Ramírez vinculada y progenitora del niño Sergio Andrés, allegó respuesta requerimiento.<sup>14</sup>

A través de auto del 01 de abril de 2024, se requirió información a la Especialista Neuro Pediatra Dra. Sara Patricia Pérez Sierra, para que aclarará al Despacho la finalidad del acompañante Terapéutico para el menor Sergio Andrés Acero Ramírez y de igual manera los intervalos de tiempo de suministro de los medicamentos.<sup>15</sup> En la misma fecha se recibió respuesta.<sup>16</sup>

El 01 de abril de 2024, Walter Epifanio Asprilla Cáceres, representante judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, allegó respuesta a la acción de tutela.<sup>17</sup>

<sup>6</sup>Archivos PDF 10y11AutoVinculayNotificaciónAutoVincula, del expediente en OneDrive.

<sup>7</sup>Archivos PDF 12ContestaciónTutelaSecSalud, del expediente en OneDrive

<sup>8</sup>Archivos PDF 13ContestaciónTutelaInvima, del expediente en OneDrive

<sup>9</sup> Archivos PDF 14ContestaciónTutelaSecEducacionTunja, del expediente en OneDrive

<sup>10</sup> ArchivoPDF15y16AutoVinculaynotificacion, del expediente en OneDrive

<sup>11</sup> Archivos PDF 17,18,19,20 y 21 Respuesta Min Salud, del expediente en OneDrive

<sup>12</sup> Archivo PDF 22/23Auto requiere información, del expediente en OneDrive

<sup>13</sup> Archivo PDF 24Contestación ADRES, del expediente en OneDrive

<sup>14</sup> Archivo PDF 28RespuestaVinculada, del expediente en OneDrive

<sup>15</sup> Archivo PDF 29,AutorequiereInformación, del expediente OneDrive.

<sup>16</sup> Archivo PDF 30,RespuestarequerimientoInformación, del expediente OneDrive.

<sup>17</sup> Archivo PDF 31,RespuestaMinEducación, del expediente OneDrive.



El 01 de abril de 2024, el accionante allego respuesta requerimiento sobre composición familiar y bienes.

A través de auto del 02 de abril de 2024, se dispuso vincular a Droguerías y Farmacias Cruz Verde, quien allego respuesta en el término indicado<sup>18</sup>.

### 3.1. Respuesta de la accionada EPS SANITAS.

**EPS SANITAS**, indicó que el medicamento etosuximida se trata de un medicamento vital no disponible de acuerdo con la definición realizada en la Resolución 3166 del 2015, los medicamentos vitales no disponible son aquellos indispensables e irremplazables para salvaguardar la vida o aliviar el sufrimiento de un paciente y que no se encuentran disponibles en el país o las cantidades no son suficientes.

Que, la solicitud de autorización de importación ante el INVIMA puede realizarse según lo estipula el Decreto 481 de 2004, para un paciente en específico, varios pacientes y urgencia clínica, que el INVIMA es la entidad autorizada para determinar y otorgar los permisos de importación del medicamento, que el proceso de solicitud de autorización de importación de medicamentos ante el INVIMA, consta de seis etapas y tiempos, que el medicamento se encuentra en la etapa 4, es decir de compra, legalización al país y notificación de la llegada al país.

Que la oportunidad en la entrega del medicamento vital no disponible etosuximida no depende de esa Entidad, ya que, depende de varios actores del sistema como es el INVIMA, Farmacias y laboratorios que realizan la importación, siendo esta una gestión de terceros no imputable a la EPS, que en caso que se ordene la entrega del medicamento etosuximida no es posible para la EPS Sanitas suministrarlo en 48 horas, ya que este proceso puede demorar aproximadamente de 25 a 90 días hábiles.

En cuanto a la autorización del acompañante terapéutico durante jornada escolar, informa que este servicio no hace parte de los profesionales de la salud y que su pertinencia se define desde el área de educación, que un educador o tutor sombra le permite al niño asistir a clase mientras está recibiendo la atención extra que necesita, para poder ayudar al estudiante para poder interactuar con los demás y ayudarlo con tareas escolares.

El acompañante o tutor sombra esta todo el tiempo acompañando al estudiante con discapacidad brindándole las herramientas suficientes para poder salir adelante en el aprendizaje dentro de su etapa escolar. Su objetivo es poder facilitar el proceso de enseñanza en los estudiantes. La función principal de un tutor o acompañante sombra es crear un vínculo de comunicación y entendimiento entre el niño y su entorno escolar. Motivo por el cual no es un servicio de salud sino educativa, que debe ser asumido por la secretaria de Educación y no por las EPS.

### 3.2. Respuesta de la vinculada CRIB

El CRIB, manifiesta que de los hechos no se encuentra la acción u omisión que pueda endilgarse a la Empresa Social del Estado Centro de Rehabilitación Integral de Boyacá haya violado o viole o amenace violar del derecho fundamental a la salud o cualquier otra garantía, al no cumplirse con el requisito exigido en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 ello es, la imposibilidad de imputar responsabilidad por un desdeño de los derechos personalísimos alegados por el accionante, actualizándose la figura jurídica de falta de legitimación en la causa por pasiva, solicita se ordene la desvinculación de la Empresa.

Que con relación al caso puntual de la atención brindada al usuario Sergio Andrés Acero Ramírez, se evidencia que el paciente fue beneficiario en la prestación del servicio de salud, por la especialidad de neurología pediátrica respecto de la vigencia 2024, del

<sup>18</sup> Archivo PDF 37, RespuestaCruzVerde, del expediente OneDrive.



epitome de lo actuado por la Institución no se evidencia traba, barrera administrativa ni de ningún tipo que impida que el accionante sea beneficiario del servicio a la salud integral.

Que según la Resolución 2273 de 2021, por la cual se adopta el nuevo listado de servicios y tecnologías en salud que serán excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud se cita el servicio o tecnología enfermedad o condición asociada a la exclusión del servicio o tecnología sombras terapéuticas, que se concluye que el servicio de sombra terapéutica, se encuentra excluido del Plan de Beneficios de Salud.

Señala que hay otros actores que les asiste obligación en el desarrollo integral de los sujetos de especial protección, que en este escenario es importante hacer mención al derecho a la educación que tienen los niños, niñas y adolescentes, cita el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-573 de 2023, dentro del Expediente T-8. 975.587.

Concluye que, el paciente Sergio Andrés Acero Ramírez, cursa patología denominada: malformación de Dandy-Walker que asocia epilepsia con crisis focales, secundariamente bilaterales, mioclónico-atónicas, clonias faciales, (epilepsia de difícil control) compromiso cognitivo que lo estadifica en discapacidad intelectual moderada trastorno mixto del lenguaje. g402 epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones (focales), que de la atención en salud brindada al niño Acero Ramírez, por la especialidad de neuropediatria dentro del Plan de Tratamiento se sugirió por la galena tratante: "REQUIERE ACOMPAÑANTE TERAPÉUTICO DURANTE LA JORNADA ESCOLAR LUNES A VIERNES, aclarando al término de acompañante terapéutico y/o sombra terapéutica, es necesario precisar que esto hace referencia al acompañamiento en el ámbito escolar del año lectivo en curso dirigido al niño Sergio Andrés Acero Ramírez, dando cumplimiento a los principios de acceso a la educación inclusiva en los términos referenciados en el marco legal, que el término de acompañante o sombra terapéutica se encuentra excluido del Plan de Beneficios de Salud, por lo que no hace parte del financiamiento respecto de los recursos de servicios y tecnologías de la salud, los que son administrados por la Empresa Administradora de Planes de Beneficio, en este caso de SANITAS EPS, como fue indicado previamente.

Que los actores responsables para el acceso al servicio de educación pública en el escenario inclusivo que requiere el niño Sergio Andrés Acero Ramírez por su condición de salud, recae en la Familia, las Instituciones Educativas (Colegio Gimnasio Juan de Castellanos), Secretaría de Educación, quienes están en la obligación de desplegar las gestiones administrativas de planeación y financiación que evite la presentación de barreras que impidan que el niño goce del derecho constitucional y fundamental que tiene al ser sujeto de especial protección.

La EPS a la que se encuentra afiliado el niño Sergio Andrés, tiene la obligación de dispensar el medicamento etosuximida, de acuerdo con la prescripción farmacológica que fuera recetada por la especialista tratante, siendo pertinente mencionar que la omisión en la dispensación de las dosis ha repercutido de manera desfavorable en el estado de salud del paciente despertando crisis mucho más periódicas de tipo atónico y focal, lo que conlleva a presentar riesgo de estatus convulsivo y mayor daño neurológico.

### 3.3. Respuesta Colegio GIMNASIO JUAN DE CASTELLANOS.

Diana Carolina Betancourt, Directora del colegio GIMNASIO JUAN DE CASTELLANOS, indica que Sergio Andrés Acero Ramírez, se encuentra matriculado en ese plantel educativo en jornada completa de 7:30 am a 1:00 pm y de 2:30 a 4:00 pm., presentándose como acudiente el sr. Luis Acero, manifestando que el niño está bajo su responsabilidad y cuidado ya que la mamá no demuestra interés por el niño, lo que hasta la fecha se ha evidenciado, ya que la señora Madre del menor, nunca se ha presentado en el colegio.



Señala que el estudiante en mención ha sido diagnosticado con el síndrome de Dandy Walker, debido a esto necesita acompañamiento permanente por parte de un adulto, para poder garantizar el derecho a la educación, aunque asiste al colegio, es muy dispendioso que la docente pueda atender las necesidades propias de Sergio por lo que se le sugiere al padre de familia solicitar ante la EPS un acompañante especial para que pueda hacer el acompañamiento permanente que él necesita para poder mejorar su calidad de vida.

Que en ocasiones Sergio no puede estar en una actividad por más de 10 minutos, por lo que busca salir del salón para ir a otros espacios del colegio, por lo que es difícil que la docente abandone al grupo de estudiantes para ir detrás de él. Que, se hace necesaria y urgente la persona acompañante para Sergio en el colegio, de igual manera en ocasiones tiene conductas bruscas con algunos niños en edades entre 3 a 5 años, lo que es preocupante ya que por su fuerza puede llegar a lastimar a los niños de primera infancia, que de igual manera el padre les ha manifestado que tiene una dieta especial y ciertos medicamentos que debe estar tomando en el transcurso de la jornada, la imposibilidad de tomar otros alimentos que no sean los que están descritos dentro de la dieta alimentaria, lo que también se les dificulta cuidar, ya en distintas ocasiones los niños comparten sus alimentos y en ocasiones puede llegar a ser inevitable que Sergio consuma otros alimentos que en algún momento cuando no hay un docente cerca de él que pueda evitar esto.

### 3.4. Respuesta de la SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ

Fredy Arley Suárez Pineda, apoderado de secretaria de Salud de Boyacá, señaló que los hechos no le consta, que una vez consultada la base de datos del ADRES, se pudo evidenciar que el menor Sergio Andrés Acero se encuentra afiliado en la EPS SANITAS, en régimen contributivo, estado activo, por tal motivo, es ella la llamada a responder los requerimientos de esta acción, por mandato legal establecido en la Ley Estatutaria 1751 del 2015 y reiteración jurisprudencial; que en cuanto a las peticiones el Despacho deberá fallarlas conforme al material de probanza que se acopie dentro del presente asunto, como quiera que la Secretaría de Salud de Boyacá no ha vulnerado ni trasgredido los derechos fundamentales alegados por la accionante Luis Hernando Acero Bustos Como Representante Legal del Niño Sergio Andrés Acero Ramírez, que le corresponde a SANITAS EPS entidad accionada garantizar la entrega de los medicamentos e insumos requeridos por el menor SERGIO ANDRES ACERO acorde con la historia clínica y necesidades que presente en atención a su estado de salud, los que deberá entregar con la oportunidad y puntualidad que requiere el tratamiento médico del paciente para así tratar de manera óptima su salud evitando que por el retardo en la entrega de los mismos el tratamiento se retrase o se suspenda.

En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no puede ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente de los conocimientos calificados de un profesional en salud. Se destaca que en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado, que no obstante, se tiene que dada la importancia de estas atenciones para la efectiva pervivencia el afiliado y que su ausencia necesariamente implica una afectación de sus condiciones de salubridad y salud, es necesario entender que se trata de un servicio indirectamente relacionado con aquellos que pueden gravar al sistema de salud.

Para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: 1. No cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por: a) Falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, b) Debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. 2. Resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente. 3. Carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio. En sentencia T-154 del 2014, la Corte



Constitucional analizó la naturaleza del cuidador, concluyendo que “(...) el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos”

### **3.5. Respuesta del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA.**

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, indico que la misión del INVIMA está enfocada en promover y proteger la Salud Pública en Colombia, ejerciendo inspección, vigilancia y control sanitario de carácter técnico científico sobre los productos de su competencia, que en cuanto a la competencia del INVIMA, la cual, en este caso, se circunscribe a verificar el cumplimiento del Decreto 677 de 1995, con el fin de que se asegure la calidad, seguridad y eficacia para proceder a expedir el correspondiente Registro Sanitario, para que de esta forma se ejerza la Inspección, Vigilancia y Control sobre estos, sin que ello implique que el INVIMA sea la entidad encargada de mediar la autorización y suministro de los medicamentos requeridos por el menor para su tratamiento, lo cual es competencia de la EPS a la cual se encuentre afiliado. Una vez realizada la claridad anterior, y en atención a las competencias del Invima según el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta que el presente asunto se circunscribe a la entrega y suministro del medicamento objeto de control constitucional.

Que, frente Al Caso En Concreto, informan al Despacho que se procedió a elevar consulta técnica a la Dirección de Medicamentos y Productos Biológicos – Grupo de Registros Sanitarios de este Instituto, en la que les informan que, revisada la base de datos del Invima, no se encontró Registro Sanitario Vigente, ni en trámite de renovación para el producto Etosuximida 250 mg tableta. (...) En igual sentido, consultamos con la Dirección de Operaciones Sanitarias Grupo de Autorizaciones y Licencias para Importación y Exportación, respecto del medicamento del objeto constitucional, quienes les informaron lo siguiente: (...) Atentamente informamos que: 1. ETOSUXIMIDA 250 mg TABLET, corresponde a un Medicamento Vital No Disponible. 2. Verificada la base de datos de Medicamentos Vitales No Disponibles, no se evidencian solicitudes de autorización de importación del medicamento ETOSUXIMIDA 250 mg TABLETA, para el paciente SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ, identificado con registro civil 1051073672, que se evidencio que los importadores SALUTIS SAS y QUIRUX MEDICAL SAS han realizado trámites de autorización de importación para paciente específico del medicamento ETOSUXIMIDA 250 mg. También, el importador GLOBAL SERVICE PHARMACEUTICAL S.A.S. en el mes de julio del año 2023, obtuvo autorización de MVND, para más de un paciente del medicamento en mención. (...) En igual sentido, el Grupo de Apoyo a la Sala Especializada de la Comisión Revisora de la Dirección de Medicamentos y Productos Biológicos de este Instituto, informaron lo siguiente: ETOSUXIMIDA 250MG TABLETA 1- Se encuentra incluido en el Listado de Medicamentos Vitales No Disponible. 2- No se encuentra en el listado de Usos No Incluidos en el Registro Sanitario (UNIRS).

Solicitan desvincular al Invima de la presente acción, pues ha quedado probado que no ha vulnerado derecho fundamental alguno y en caso de prosperar alguna pretensión, esta debe ser satisfecha por la EPS del menor y/o delegado

### **3.6. Respuesta Secretaria de Educación De Tunja**

La secretaria de educación de Tunja a través de su apoderado adujo que, no le constan los hechos, que en la base de datos de la Secretaría de Salud Territorial de Tunja no se encuentra información respecto del menor Sergio Andrés Acero Ramírez, sin embargo, de acuerdo a la historia clínica, se evidencia la información de su salud, que se pone a la prosperidad de la pretensión objeto de la vinculación, toda vez que, como bien lo establece la Resolución 07797 del 29 de mayo de 2015, emitida por Ministerio de



Educación Nacional, las disposiciones solicitadas en el apartado peticionario de la presente acción responden a determinaciones netamente a discrecionalidad de la Institución Educativa GIMNASIO JUAN DE CASTELLANOS.

Que, la anterior conclusión, se sustenta en el hecho que el COLEGIO DE GIMNASIO JUAN DE CASTELLANOS fue creado mediante Decreto Nacional decreto 1075 de 2015, como una Institución Educativa de carácter Privada, con Personería Jurídica, Autonomía Administrativa y Patrimonio Independiente, adscrito al Ministerio de Educación Nacional. La norma en cita previó que esta clase de establecimientos educativos traspasados conservan su autonomía administrativa, y por ende la administración de sus propios recursos, y frente a tal actividad no tiene injerencia el Ente Territorial Municipio de Tunja.

Además en cumplimiento del mandato descentralizador se dispuso que se conservaría su personalidad jurídica, lo que significa que el mismo por ser sujeto de derechos y obligaciones incluyó los elementos esenciales del servicio público a su cargo, es decir, los derechos de matrícula o alumnos inscritos, docentes y directivos docentes, los programas aprobados y la licencia de funcionamiento, esto es, por formar parte del servicio educativo que se descentralizó y del respectivo establecimiento educativo.

Que, mediante resolución No. 103 del 12 de febrero del 2014, se creó el Establecimiento Educativo formal de naturaleza privada GIMANSIO JUAN DE CASTELLANOS, adscrito a la Secretaria de Educación de la Ciudad de Tunja, gozando de características propias tales como: Personería Jurídica, Autonomía Administrativa y Patrimonio propio, el cual tiene como fin la prestación de servicio Público de educación preescolar, básica y media, tal y como se señala en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

### **3.7. Respuesta Ministerio de Salud.**

El Ministerio de Salud, señala que no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, que no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocen los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

Que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones, por lo que se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas, en tanto el Ministerio de Salud y Protección Social no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno. Toda vez,

Explica la estructura del del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus funciones, la garantía y acceso a los servicios y tecnologías en salud, y como en virtud de ello la acción de tutela de la referencia en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **3.8. Respuesta del ADRES.**

El ADRES señala que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Recuerda que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de



prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

Refiere que el tutor sombra en el derecho a la educación pone de presente el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-038 de 2022 y Sentencia SU 475 de 2023, para indicar que el garante del derecho a la educación son las secretarías de educación, ya que son ellos los encargados de establecer los mecanismos para que los niños en condición de discapacidad puedan recibir dicha educación con los apoyos que requieren y que también los padres son responsables en la educación de los menores, puesto que los familiares tienen la garantía de los derechos de sus hijos, puesto que el estado brinda las oportunidades, pero son los padres quien deben realizar las acciones tendientes a que los menores de edad reciban dichos derechos.

### 3.9. Respuesta MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

WALTER EPIFANIO ASPRILLA CACERES, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, aduce falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Educación Nacional, dado que la competencia del Ministerio de Educación Nacional, en materia de Inspección y Vigilancia, se circunscribe a la verificación del cumplimiento efectivo de las normas de educación superior por parte de las instituciones de este nivel formativo y de sus directivos, así como el cumplimiento de sus disposiciones estatutarias y reglamentarias internas, conforme a lo dispuesto en el Decreto 5012 de 2009 y la Ley 1740 de 2014.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 115 de 1994, compete a esta entidad la formulación de políticas y aprobación de los planes de desarrollo del sector; diseñar lineamientos generales; evaluar y controlar resultados de planes y programas educativos; asesorar a los Departamentos, Distritos y Municipios; evaluar la prestación del servicio educativo; dirigir la actividad administrativa en el sector educativo; fijar criterios técnicos para aprobación de plantas de personal, diseño de canasta educativa, concursos docentes; la regulación jurídica, entre otros.

Que la presente acción de tutela resulta improcedente, por cuanto no se viola derecho fundamental alguno por parte de esta Cartera Ministerial, que al no existir una violación de derecho fundamental alguno, pues el Ministerio de Educación Nacional no ha ejecutado ninguna acción que produzca este resultado en contra de la parte accionante, no puede decirse entonces que, en términos positivos, esta entidad haya incurrido en una violación o amenaza efectiva de algún derecho fundamental y una orden en dicho sentido sería de imposible cumplimiento para la misma, solicitando sea desvinculada.

### 3.9. Respuesta DOGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE.

LAURA CATALINA PACHÓN LLACHE, en calidad de abogada de Gestión Procesal de DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S., informa que el medicamento ETOSUXIMIDA x 250 MG en la forma en la forma farmacéutica TABLETAS, no se encuentra incluido en el LISTADO DE MEDICAMENTOS VITALES NO DISPONIBLES de la DIRECCIÓN DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS BIOLÓGICOS de INVIMA, pues las incluidas son las formas farmacéuticas son Capsula x 250 y jarabe por 50mg/mL, que, una vez realizada la búsqueda en los sistemas de información y bases de datos de la entidad se encontró que el producto ETOSUXIMIDA x 250 MG en la forma en la forma farmacéutica TABLETAS no contaba con autorización de servicios vigente que habilite la dispensación.

Aduce que, CRUZ VERDE solamente tiene conocimiento de las fórmulas médicas y autorizaciones de servicios con la radicación por parte del usuario en el punto de dispensación antes de la fecha de vencimiento y conforme a la disponibilidad en stock, que solamente es posible para el usuario solicitar las respectivas ordenes médicas a su servicio médico.



En ese sentido, DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S. en cumplimiento de la normatividad referente a la gestión farmacéutica, puede hacer entrega del medicamento ordenado por el médico tratante en la presentación, concentración, cantidad y demás condiciones que el médico así haya formulado según lo establece el Decreto 780 de 2016 2.5.3.10.192, razón por la cual en ningún momento puede variar la fórmula médica ni la forma de administración prescrita por el médico tratante, por lo que le corresponde a EPS SANITAS definir si se realiza algún cambio en la autorización.

Así, el objeto de la litis es por aspectos de aseguramiento, consistente en autorización de servicios médicos en los cuales no se tiene injerencia, lo cual es una pretensión que exclusivamente puede satisfacer EPS SANITAS.

Finalmente señala, que DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S. se está en total disposición de atender las solicitudes de dispensación en la medida de su causación mensual que realicen los usuarios, su radicación a través de los canales establecidos y la disponibilidad en stock, por lo cual, no se puede afirmar que CRUZ VERDE ha negado su entrega, puesto que como se indicó se han suministrado los medicamentos conforme a la disponibilidad en inventario y las respectivas autorizaciones de servicios vigentes, por lo que es necesario que la EPS SANITAS emita una nueva autorización de servicios.

### **3.10. Respuesta de LEYDI AMANDA RAMIREZ CRUZ, progenitora del niño S.A.A.R.**

**LEYDI AMANDA RAMIREZ CRUZ**, manifiesta que los hechos de la demanda son ciertos, que su hijo ha padecido esa enfermedad desde que tenía 3,4 años de edad, que es cierto que tuvo que irse de la casa, por los excesivos maltratos a que se veía sometida por parte de su expareja LUIS HERNANDO ACERO, que es cierto que el mencionado señor se quedó con la custodia de su hijo porque no le permitió que ella lo hiciera.

Que trabaja de lunes a sábado en el horario de 9 de la mañana a 6 de la tarde y los sábados de 8 de la mañana a 2 de la tarde, ve a su hijo en los días en que quedó estipulado en la orden de custodia, que lo tiene asegurado a salud y es donde le están prestando el servicio de salud, en forma deficiente, pues no le están entregando los medicamentos que requiere su hijo, que necesita de una persona especializada que lo cuide, pues ella tiene que trabajar para cumplir con la cuota y algunas necesidades de su menor hijo y de su manutención.

## **4. PROBLEMA JURÍDICO**

En el asunto objeto de estudio, el problema que surge de la Acción consiste en determinar si la accionada SANITAS E.P.S. y las vinculadas vulneran los derechos fundamentales a la salud de los niños en situación de discapacidad, derecho a suministros Oportuno de Medicamentos de acuerdo al plan de beneficios de salud, derecho a la educación inclusiva, derecho a la igualdad y dignidad humana del accionante, como consecuencia de no proveer un Terapeuta Sombra para brindar asistencia al menor S.A.A.M y no entregarse el medicamento Etosuximida 250mg tableta.

## **5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

Para resolver el problema jurídico se tendrán en consideración el desarrollo de los siguientes ítems a saber:

### **5.1. La legitimación en la acción de tutela**

El artículo 86 Constitucional establece la posibilidad real y material de que toda persona a través de la acción de tutela pueda obtener protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, si estos resultaren vulnerados o amenazados.

Para tal efecto, las reglas de legitimación las señala el Decreto 2591 de 1991 al decir:



**“ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERÉS.** La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. (Subrayado fuera del texto)

*También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.*

### A. Legitimación por activa

Para el presente caso, LUIS HERNANDO ACERO BUSTOS en representación de su hijo SERGIO ANDRÉS ACERO RAMÍREZ, se encuentra legitimado para ejercer la presente acción de tutela en su favor por ser el titular de los derechos presuntamente afectados.

### B. Legitimación por pasiva

Por la manifestación realizada por la parte accionante advierte el despacho que pretende reclamar ante la accionada SANITAS E.P.S., por medio de la presente acción constitucional, la presunta vulneración a sus derechos fundamentales arriba señalados. Y en la cual se vincularon INVIMA, Ministerio de Salud, Secretaria de Salud de Boyacá, Secretaria de Educación Municipal de Tunja, Centro de rehabilitación Integral de Boyacá E.S.E., Colegio Gimnasio Juan de Castellanos, Ministerio de Educación Nacional, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (ADRES), Droguerías y farmacias Cruz Verde y LEYDI AMANDA RAMIREZ CRUZ.

El Juzgado considera que la accionada y las vinculadas están legitimadas en la casusa por pasiva, por ejercer una función pública consagrada en el Decreto 2591 en su Capítulo III artículo 42 Numeral primero y Segundo y art. 5 ibidem.

### 5.2. Subsidiariedad de la acción de tutela

La Acción de Tutela es un mecanismo subsidiario de protección judicial de los derechos fundamentales con carácter preferente y sumario cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los términos que la ley misma establece y en este caso se está ante entidades privadas con funciones públicas y entidades públicas.

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que, existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o eficaces para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental.

En casos como el que nos ocupa donde se discute la vulneración de los derechos a la educación y a la salud de menores de edad en situación de discapacidad, ha manifestado la Corte Constitucional que se acredita el presupuesto de subsidiariedad “pues: (i) respecto del derecho a la educación, no cuenta con otros medios jurisdiccionales idóneos y eficaces de los que pueda hacer uso; y (ii) respecto del derecho a la salud, si bien existe un recurso jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de sus garantías fundamentales”<sup>19</sup>

### 5.3. INMEDIATEZ:

Establece el artículo 86 que la acción puede impetrarse “[...] en todo momento y lugar [...]”. La jurisprudencia constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad, pues ello sería contrario al artículo citado. Con todo, ha aclarado que lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la

<sup>19</sup> Sentencia T-434 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



acción de tutela en cualquier momento, ya que ello pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida, según el propio artículo 86, como un mecanismo de “protección inmediata” de los derechos alegados.

Por lo anterior, a partir de una ponderación entre la no caducidad y la naturaleza de la acción, se ha entendido que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente. No existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que al juez constitucional le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un plazo oportuno. Esto implica que la acción de tutela no puede ser rechazada con fundamento en el paso del tiempo, sino que debe el juez estudiar las circunstancias con el fin de analizar la razonabilidad del término para interponerla.

La Corte Constitucional en sentencia T-456 de 20131, resaltó que se trata de una de las principales características, a tal punto que es indispensable para estudiar la procedibilidad de la misma, pues se exige que se interponga dentro de un tiempo razonable, oportuno y justo. Se precisa, que una percepción contraria, desvirtúa el alcance jurídico establecido por el constituyente y desnaturaliza el objeto de la misma, el cual corresponde a la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales.

En este caso, la acción de tutela se interpuso el 15 de marzo de 2024 y teniendo en cuenta que el señor padre del menor S.A.A.R., solicitó este servicio a su EPS el cual le fue negado en el mes de febrero de este año de acuerdo con la prescripción de su médico tratante en enero del año en curso, situación a partir de la cual, motivó la interposición de la acción constitucional, al requerir un acompañante terapéutico para la asistencia en el aula de clase, y de acuerdo con la Historia Clínica se indica por el médico tratante que lleva 3 meses sin la aplicación del medicamento, para el Despacho resulta razonable el plazo de interposición de la tutela, por lo cual se tiene que la acción constitucional fue interpuesta de manera oportuna.

#### **5.4. Las personas en situación de discapacidad, como sujetos de especial protección constitucional. El enfoque social de la condición de discapacidad:**

La especial protección de las personas en situación de discapacidad, física o mental<sup>20</sup>, encuentra su fundamento en los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución. De conformidad con el desarrollo jurisprudencial de estos deberes el Estado les debe brindar una protección reforzada, con el ánimo de fomentar condiciones igualitarias de participación en la sociedad y garantizar el goce de los bienes y servicios que ofrece<sup>21</sup>. Así, dicho estatus jurídico se soporta en el deber constitucional de protección derivado de *“las condiciones singulares de vulnerabilidad y eventualmente de desprotección, que hace que tal población requiera de atención especial por parte del Estado y de la sociedad en general.”*<sup>22</sup>

La protección de la población en situación de discapacidad y las obligaciones que se derivan de tal garantía varían en concordancia con la visión de la discapacidad que se maneje. Las formas de asumir la discapacidad y las medidas para enfrentar las barreras relacionadas con ella han evolucionado y serán distintas si se concibe la discapacidad desde un enfoque de prescindencia.<sup>23</sup>

Entender la discapacidad desde el enfoque social, implica concebirla como un problema de la sociedad y no del individuo. En este orden de idea, las “limitaciones” que parecieran tener las personas en situación de discapacidad no tienen origen en su condición personal, física o mental, sino en la incapacidad de la sociedad para garantizar espacios y servicios para todas las personas en independencia de sus contingencias particulares<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Sentencia C-458 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

<sup>21</sup> Sentencia C-804 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>22</sup> Sentencia C-043 de 2017 MP. Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>23</sup> Bajo este esquema de comprensión de la discapacidad, ésta es la consecuencia de una acción sobrenatural. Por ende, el mecanismo para enfrentarla es la eliminación o el aislamiento de quien la padece. De tal modo los esquemas de acción son dos: la eugenesia o la marginación. Ver: Toboso Martín, Mario; Arnau Ripóes, María. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. Araucaria. Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2008, vol. 10, no 20. (...) las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, sin nada que aportar a la comunidad. Este modelo contiene dos submodelos (...) el submodelo eugenésico y el submodelo de marginación. La característica principal de este [último] submodelo es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas

<sup>24</sup> Palacios, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi. Madrid, 2008. P. 122



Así como la causa de la discapacidad, entendida como “la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social”<sup>25</sup> es netamente social y no individual, las medidas para conjurarla corresponden al conglomerado social y no únicamente a quien padece una “deficiencia” física o mental; *“si el modelo rehabilitador se centra en la normalización de las personas con discapacidad, el modelo social aboga por la normalización de la sociedad, de manera que ésta llegue a estar pensada y diseñada para atender las necesidades de todos”*<sup>26</sup>

En ese contexto surgen los ajustes razonables<sup>27</sup> como un mecanismo de acondicionamiento de los escenarios y posibilidades sociales, en respuesta a las capacidades diferenciales que circulan en la vida social, para garantizar a las personas en situación de discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales entre las que se encuentran la educación y salud.

Por consiguiente, a partir de los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política, las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional a quienes el Estado debe garantizar de manera reforzada el goce de los bienes y servicios que presta. Dicha garantía se enmarca en el enfoque social de la discapacidad y se materializa mediante ajustes razonables entendidos como acciones afirmativas que, sin imponer una carga desproporcionada, adaptan la sociedad para todas las personas con independencia de sus contingencias particulares.

## 5.5. Del derecho a la educación inclusiva:

El artículo 67 de la Constitución Política establece que la educación es un derecho fundamental inherente a cada persona y, en armonía con esto, el artículo 44 lo reconoce como un derecho de los niños, las niñas y los adolescentes. Además, el artículo 68 Superior señala expresamente que la educación de las personas en situación de discapacidad es una obligación especial del Estado.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la educación: *“(i) es un derecho inherente a la persona, y un servicio público cuya prestación es un fin esencial del Estado; (ii) es un derecho fundamental de las personas menores de 18 años; (iii) es gratuita y obligatoria en el nivel de básica primaria; (iv) debe priorizar su dimensión de servicio público de manera que todas las personas menores de 18 años accedan a al menos un año de preescolar, cinco años de primaria y cuatro de secundaria; (v) la integran 4 características fundamentales que se relacionan entre sí: aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad; (vi) las entidades públicas del orden nacional y territorial tienen la obligación de garantizar el cubrimiento adecuado de los servicios de educación y de asegurar a los niños y niñas condiciones de acceso y permanencia en el sistema educativo; y (vii) el Estado tiene la obligación de realizar una intervención positiva con el fin de eliminar las barreras que los menores de edad en condición de discapacidad puedan acceder a una educación de calidad”*<sup>28</sup>.

De la interpretación armónica de los artículos 13, 44 y 68 de la Constitución y de los mencionados instrumentos de derecho internacional bajo el enfoque social de la discapacidad referenciado en el capítulo anterior, le imponen al Estado la obligación de proporcionar educación a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad para materializar su derecho fundamental a la igualdad, y promover la eliminación efectiva de cualquier obstáculo con el que se puedan encontrar dentro de su proceso educativo<sup>29</sup>.

De manera que la educación inclusiva surgió como un modelo que busca que concurren en el aula estudiantes con capacidades diferentes para aprender y acceder al conocimiento y desarrollo. Dicho modelo parte de la idea de que los educandos no pueden ser apartados de los demás en razón de sus características personales, muchas

<sup>25</sup> Op. Cit. Palacios. El modelo social de discapacidad... P. 123

<sup>26</sup> Op. Cit. Toboso. La discapacidad dentro del enfoque de capacidades... P. 69.

<sup>27</sup> De acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 2, “Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. De igual manera, la Sentencia C-293 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, afirmó: “Se entienden como razonables aquellos ajustes que no imponen una carga desproporcionada o indebida, apreciación que implica la simultánea ponderación de los costos que tales acciones necesariamente tendrán para el Estado y la sociedad. A juicio de la Corte, este concepto referente, así como la trascendental consideración que en él va envuelta, se acompañan debidamente con los principios constitucionales que inspiran el diseño y ejecución de las acciones afirmativas, a través de las cuales el Estado procura el logro de la igualdad real y efectiva garantizada por la Constitución Política. Por consiguiente, se considera que su uso y aplicación como medida de las acciones a realizar no plantea problemas en relación con la exequibilidad de estas normas”

<sup>28</sup> Sentencia T-480 de 2018. M.P. Gloria Stella Díaz Delgado.

<sup>29</sup> Sentencia T-480 de 2018 M.P. Gloria Stella Díaz Delgado.



de las cuales tradicionalmente han sido catalogadas y percibidas como limitaciones individuales. Hacerlo, implica segregar a una parte de la población, sin justificación válida más allá de la diferenciación entre normalidad y anormalidad, como un criterio histórico y cambiante para juzgar y aislar a un grupo y restringirle desde el comienzo de la vida, sus derechos<sup>30</sup>.

De acuerdo con el enfoque social de la discapacidad se deben realizar una serie de adaptaciones por parte de la sociedad al individuo y no al contrario. El aula, como reflejo de la sociedad reproduce esquemas de exclusión, que deben abrir camino a la inclusión y a la convivencia armónica de todos los estudiantes. La situación de discapacidad no es razón suficiente para alejar a una persona del sistema general de educación y para que derive los beneficios del mismo<sup>31</sup>15, entre los que sin duda se encuentran elementos de la sociabilidad y de la vida en comunidad.

En síntesis, el Estado está en el deber de asegurar que las personas en situación de discapacidad: (i) no queden excluidas del sistema general de educación, de la enseñanza primaria ni de la enseñanza secundaria, por motivos de discapacidad; (ii) puedan acceder a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; (iii) vean asegurados ajustes razonables que respondan a su condición particular y los apoyos en su proceso de aprendizaje; y, (iv) lleven a cabo su proceso educativo en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social, que permita su plena inclusión en la sociedad.

#### **5.6. Las Entidades del sector educativo responsables de la adopción de ajustes razonables:**

La Ley Estatutaria 1618 de 2013 “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”<sup>32</sup> en su artículo 11 determina el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad y define como responsables de su garantía al Ministerio de Educación Nacional, a las entidades territoriales certificadas en educación y a los establecimientos educativos.

De conformidad con la mencionada ley, las entidades territoriales certificadas en educación, entre otras cosas, deben “garantizar el personal docente para la atención educativa a la población con discapacidad, en el marco de la inclusión, así como fomentar su formación, capacitación permanente, de conformidad con lo establecido por la normatividad vigente”<sup>33</sup>. Así mismo, deben “proveer los servicios de apoyo educativo necesarios para la inclusión en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad. Estos servicios incluyen, entre otros: intérpretes, guías intérpretes, modelos lingüísticos, personal de apoyo, personal en el aula y en la institución”<sup>34</sup>.

Ahora bien, los colegios, sin distinción sobre su carácter estatal o privado, entre otras funciones, deben identificar: (i) a los niños y niñas susceptibles de atención integral para garantizar su permanencia educativa en el marco de la inclusión; (ii) las barreras que

<sup>30</sup> Sentencia T-523 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En cita la Sentencia T-429 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón. “Desde muy pequeños, los niños son ubicados —con todo lo que esto implica— en el centro mismo del paradigma normal-anormal, con una alta carga de discriminación implícita o explícita. Surge así, pues, una desigualdad que habrá de incidir negativamente en las oportunidades ofrecidas a los niños, según que se hallen ubicados en los terrenos de la normalidad o de la anormalidad, respectivamente”. Este tipo de educación, se opone a los paradigmas según los cuales la existencia de distintas capacidades entre los estudiantes permite clasificarlos, e impartir la formación de aquellas que no se consideran normales en centros especiales para su enseñanza y en forma separada del aula regular. Rechaza la posibilidad de la educación especial, según la cual el aprendizaje se logra cuando los grupos están conformados por personas con las mismas condiciones, físicas y mentales. La Convención Sobre Derechos para las Personas con Discapacidad reconoce, en el marco del modelo social de la discapacidad, la adopción de una educación inclusiva acompañada con él, que “desafía la verdadera noción de normalidad en la educación —y en la sociedad— sosteniendo que la normalidad no existe, sino que es una construcción impuesta sobre una realidad donde solo existe la diferencia”. Si bien la educación especial brinda, a través del aislamiento en un espacio escolar independiente, elementos importantes para la formación y el desarrollo del estudiante que tiene limitaciones físicas o mentales para aprender en las mismas condiciones en que lo hace el resto de la población estudiantil, y es en algunos innegablemente valiosa por el nivel de dificultad que presentan los menores de edad, lo cierto es que al separar a los miembros de la sociedad en razón de sus competencias, priva a quienes quedan fuera del aula regular de la adquisición de habilidades de interacción social, diferenciales, que pueden servir para la comunicación y la convivencia de agentes diferentes entre sí. No solo lo hace en relación con el estudiante que queda fuera del sistema regular, sino que también con el resto de los estudiantes de la misma edad, con competencias ordinarias, a quienes impide conocer, vivir, tolerar y valorar la diferencia en sus dimensiones prácticas. Merma la capacidad de la sociedad para interactuar con la persona que tiene otra clase de capacidades y a ella, por esa vía, la deja sutilmente alejada en su vida extraescolar.

<sup>31</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 24. “2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad.”

<sup>32</sup> En su artículo 2° define la inclusión social como “un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad (...)”.

<sup>33</sup> Ley Estatutaria 1618 de 2013, artículo 11, numeral 2, literal e.

<sup>34</sup> Ley Estatutaria 1618 de 2013, artículo 11, numeral 2, literal j.



impiden el acceso, la permanencia y el derecho a una educación de calidad a personas con necesidades educativas especiales; y (iii) propender porque el personal docente sea idóneo y suficiente para el desarrollo de los procesos de inclusión social<sup>35</sup>.

Con anterioridad a la expedición de la precitada ley estatutaria, la Ley 115 de 1994, que regula el servicio público de educación, estableció en su artículo 46 la necesidad de garantizar el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad. De dicha forma determinó que *“la educación para personas en situación de discapacidad física, sensorial o psíquica o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo”*.<sup>36</sup>

Igualmente, tal disposición normativa determinaba que los establecimientos educativos organizarían directamente o mediante convenio las acciones pedagógicas y terapéuticas que permitieran el proceso de integración social y académica de los estudiantes en situación de discapacidad<sup>37</sup>. De conformidad con la Sentencia C-149 de 2018<sup>38</sup>, tal mandato legal debe entenderse en el sentido de que la integración deberá estar orientada a la realización de los ajustes razonables necesarios con observancia de la diversidad funcional que presente el alumno, con miras a alcanzar una efectiva inclusión.

La Ley 361 de 1997 por su parte, señala la competencia del Gobierno Nacional de diseñar e implementar planes educativos especiales de carácter individual para los menores de edad en situación de discapacidad, *“que garanticen el ambiente menos restrictivo para [su] formación integral”*<sup>39</sup>, adicionalmente determinó que el Ministerio de Educación debe producir y distribuir materiales de capacitación para los docentes, que fortalezcan sus habilidades en ciertas áreas y apoyen a los niños en situación de discapacidad que lo requieran

En el año 2015, se expidió el Decreto 1075<sup>40</sup> que establece la estructura del sector educacional, las responsabilidades de las autoridades a nivel nacional y territorial, los aspectos pedagógicos de los diferentes niveles académicos y las orientaciones curriculares. Además, tiene un capítulo sobre los servicios educativos especiales, específicamente, una sección de ese apartado establece parámetros para la protección del derecho de personas con “limitaciones” o con capacidades o talentos excepcionales.

El Decreto referido en su artículo 2.3.3.5.1.1.4 dispone que las Secretarías de Educación Municipales de las entidades territoriales certificadas son las responsables para organizar la oferta para la población en situación de discapacidad, capacidades o talentos excepcionales en cada jurisdicción. Por su parte, el artículo 2.3.3.5.1.3.6 señala que los planteles que cuenten con alumnos en situación de discapacidad cognitiva, motora, síndrome de asperger o autismo, deben *“organizar, flexibilizar y adaptar el currículo, el plan de estudios y los procesos de evaluación de acuerdo a las condiciones y estrategias establecidas en las orientaciones pedagógicas producidas por el Ministerio de Educación Nacional”*.

Así mismo, los artículos 2.3.3.5.1.2.1 y 2.3.3.5.1.2.2 del Decreto<sup>41</sup> referido se ocupan de las orientaciones curriculares especiales y señalan que las instituciones que atienden niños con “limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales” deben hacer las adecuaciones curriculares, organizativas y pedagógicas y “en general de accesibilidad que sean necesarias para su formación integral”. En ese sentido, el proyecto educativo institucional (PEI) de dichos establecimientos incluirá *“proyectos personalizados en donde se interrelacionen componentes, instrumentos y medios de la estructura del servicio educativo ofrecido, para que su integración al mismo, procure desarrollar niveles de motivación competitividad y realización personal”*.

<sup>35</sup> Ley Estatutaria 1618 de 2013, artículo 11, numeral 3.

<sup>36</sup> Ley 115 de 1994, artículo 46.

<sup>37</sup> Ley 115 de 1994, artículo 46.

<sup>38</sup> M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>39</sup> Ley 361, artículo 12.

<sup>40</sup> “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”

<sup>41</sup> “Artículo 2.3.3.5.1.2.1. Alcance del servicio educativo. Los establecimientos educativos estatales y privados deberán tener en cuenta lo dispuesto en la presente Sección, al proceder a elaborar el currículo, al desarrollar los indicadores de logros por conjunto de grados establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y definir los logros específicos dentro del respectivo proyecto educativo institucional, cuando atiendan personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales. En tal sentido, en el proyecto educativo institucional del establecimiento de educación formal que atiendan personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales, se especificarán las adecuaciones curriculares, organizativas, pedagógicas, de recursos físicos, tecnológicos, materiales educativos, de capacitación y perfeccionamiento docente y, en general de accesibilidad que sean necesarias para su formación integral, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y otros reglamentos. Artículo 2.3.3.5.1.2.2. Medidas Especiales. El proyecto educativo institucional de los establecimientos que atiendan educandos con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales, incluirá proyectos personalizados en donde se interrelacionen componentes, instrumentos y medios de la estructura del servicio educativo ofrecido, para que su integración al mismo, procure desarrollar niveles de motivación competitividad y realización personal.”



De igual manera, el Decreto introduce el concepto de canasta educativa complementaria<sup>42</sup>, entendida como “componentes adicionales a los de la canasta básica que apoyan el acceso y la permanencia escolar”, entre estos componentes se establecen los profesionales de apoyo, quienes “complementan y mejoran el desarrollo de la propuesta educativa, como psicólogos, terapeutas, u otros, siempre que estén contemplados en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) o en el Proyecto Educativo Comunitario (PEC) y que presten sus servicios en el marco de los procesos de inclusión educativa reglamentados por el Ministerio de Educación Nacional”.

Adicionalmente, el Decreto 1421 de 2017 “Por el cual se reglamenta en el marco de la educación inclusiva la atención educativa a la población con discapacidad”, establece los principios, las definiciones básicas y los lineamientos necesarios para la operación del modelo de educación inclusiva<sup>43</sup>. En tal sentido, indica que los recursos financieros para la atención educativa de las personas en situación de discapacidad se garantizan con cargo al Sistema General de Participaciones, de manera que “por cada estudiante con discapacidad reportado en el sistema de matrícula SIMAT, se girará un 20% o porcentaje adicional, de conformidad con la disponibilidad presupuestal”<sup>44</sup>.

Seguidamente, el Decreto sostiene que de conformidad con lo anterior:

*“las entidades territoriales certificadas en educación deberán garantizar la prestación eficiente y oportuna del servicio educativo al interior de su jurisdicción y, para ello, podrán, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones más los recursos propios que decidan destinar, implementar las siguientes líneas de inversión a favor de los estudiantes con discapacidad: i) creación de empleos temporales de docentes de apoyo pedagógico, viabilizados anualmente por el Ministerio de Educación Nacional, para el acompañamiento a establecimientos educativos y docentes de aula, los cuales quedarán adscritos a las plantas de las respectivas entidades territoriales certificadas; ii) contratación de apoyos que requieran los estudiantes, priorizando intérpretes de la Lengua de señas Colombiana - Español, guías intérpretes, modelos lingüísticos, mediadores y tiflólogos, y iii) herramientas técnicas, tecnológicas y didácticas pertinentes de acuerdo a la reglamentación establecida en las siguientes subsecciones”*,

De acuerdo con lo anterior, el Decreto 1421 de 2017 impone a cargo de las entidades territoriales certificadas el deber de garantizar la prestación plena del derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad y, en consecuencia, faculta a dichas entidades para que, bajo un adecuado ejercicio de planeación y de conformidad con las normas de la contratación estatal aplicables, implementen las líneas de inversión antes descritas, que incluyen la contratación de personal de apoyo.

Así mismo, el Decreto asigna las responsabilidades que tienen el Ministerio de Educación Nacional, las entidades territoriales certificadas en educación y los establecimientos educativos públicos y privados. De este modo, el Ministerio tiene la dirección general de la política de inclusión educativa, incluidas la asistencia y seguimiento a las estrategias de atención a las personas en situación de discapacidad por parte de las entidades territoriales certificadas<sup>45</sup>.

En cuanto a las secretarías de educación, o la entidad que haga sus veces en las entidades territoriales certificadas, se determina que son las gestoras y ejecutoras de la política de educación inclusiva, por lo tanto, deben definir la estrategia de atención para estudiantes en situación de discapacidad y la distribución de los recursos asignados para asegurar el cumplimiento del decreto. De igual manera, a través de sus planes de mejoramiento, deben gestionar los ajustes razonables que las instituciones educativas requieran para que de manera gradual garanticen la atención educativa de las personas en condición de discapacidad<sup>46</sup>.

De acuerdo con lo anterior, son dichas entidades las encargadas de definir y gestionar el personal de apoyo suficiente que se requiere en las instituciones educativas y las

<sup>42</sup> Artículo 2.3.1.3.1.5

<sup>43</sup> Entre las definiciones que contempla en el artículo 2.3.3.5.1.4., a la educación inclusiva la define como “un proceso permanente que reconoce, valora y responde de manera pertinente a la diversidad de características, intereses, posibilidades y expectativas de los niñas, niños, adolescentes, jóvenes y adultos, cuyo objetivo es promover su desarrollo, aprendizaje y participación, con pares de su misma edad, en un ambiente de aprendizaje común, sin discriminación o exclusión alguna, y que garantiza, en el marco de los derechos humanos, los apoyos y los ajustes razonables requeridos en su proceso educativo, a través de prácticas, políticas y culturas que eliminan las barreras existentes en el entorno educativo.”

<sup>44</sup> Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.2.1.

<sup>45</sup> Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal a.

<sup>46</sup> Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal b



responsables de dotar a los colegios oficiales de los materiales pedagógicos y didácticos para promover una educación de calidad a los estudiantes en situación de discapacidad. Adicionalmente, deben articular con la secretaría de salud respectiva o quien haga sus veces los procesos de diagnóstico, valoración y atención de los “estudiantes con discapacidad”<sup>47</sup>.

Por último, los establecimientos educativos deben promover las condiciones para que los docentes elaboren los PIAR y garantizar su cumplimiento. Además, deben hacer seguimiento a los estudiantes en situación de discapacidad y entablar un diálogo con su familia y cuidadores, para fortalecer el proceso de educación inclusiva<sup>48</sup>.

### 5.7. Del acompañamiento de auxiliares terapéuticos en el aula de clases:

Los ajustes razonables que debe adoptar la institución educativa que brinda procesos de educación inclusiva a estudiantes en situación de discapacidad se consignan en instrumentos llamados Planes Individuales de apoyos y ajustes razonables (PIAR). Dichas herramientas permiten visibilizar: (i) el contexto general del estudiante dentro y fuera del establecimiento educativo; (ii) su valoración pedagógica; (iii) informes de profesionales de la salud que aportan a la definición de los ajustes; (iv) los objetivos y metas de aprendizaje; (v) ajustes curriculares, didácticos, evaluativos y metodológicos para el año electivo, si se requieren; (vi) recursos físicos, tecnológicos y didácticos, necesarios para el proceso de aprendizaje y la participación del estudiante y; (vii) proyectos específicos que se requieran realizar en la institución educativa, diferentes a los ya programados en el aula, que incluyan a todos los estudiantes; (viii) situaciones relevantes del estudiante para su proceso de aprendizaje ; y (ix) actividades en casa que darán continuidad a diferentes procesos en los tiempos de receso escolar<sup>49</sup>.

Si bien los ajustes razonables pueden comprender desde modificaciones curriculares hasta ajustes o correcciones a la infraestructura, de la respectiva institución educativa, la Corte ha conocido algunos casos en los que ajustes razonables han consistido en la prestación de un servicio de acompañamiento personalizado de acuerdo con las necesidades específicas de la persona en situación de discapacidad.

En la Sentencia T-495 de 2012<sup>50</sup> se estudió la tutela presentada por el padre de un estudiante de un colegio contra la Secretaría de Educación de Bogotá, ya que consideraba que la entidad había vulnerado los derechos de su hijo al negarse a nombrar un profesor especializado que lo apoyara en el aula, dado que padecía de trastorno del espectro autista y requería un apoyo especial.

En dicha sentencia se consideró que no era de procedente el argumento de la Secretaría de Educación accionada, en cuanto a que el servicio solicitado por el actor no hacía parte del derecho a la educación y que, por tanto, era competencia de la EPS prestarlo, pues la “la pretensión de que el niño Nicolás Santiago sea acompañado permanentemente en su aula regular de estudio por un profesional especializado en el manejo de niños autistas, es un servicio educativo a cargo del sistema público educativo del Estado, que para el caso que nos ocupa, es la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C.”<sup>51</sup>. La sentencia resaltó que:

*“En temas como el que aquí se estudia, en los que algunos servicios solicitados por personas en situación de discapacidad, no son prestados ni por las Secretarías de Educación ni por las EPS, debido a que consideran no tener competencia para ello, la Sala advierte que existe una relación muy cercana entre los derechos a la salud y a la educación, así como una corresponsabilidad entre dos entidades que prestan servicios públicos diferentes, por lo que cada una debe prestar el servicio que le corresponda, es decir, la EPS debe prestar el servicio de salud de forma integral, en orden a mejorar la calidad de vida de la persona en situación de discapacidad, y por su parte, la Secretaría de Educación, en este*

<sup>47</sup> Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal b.

<sup>48</sup> Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.1. literal c.

<sup>49</sup> Decreto 1421 de 2017, Artículo 2.3.3.5.2.3.5.

<sup>50</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>51</sup> Sentencia T-495 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



*caso la de Bogotá D.C., debe garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva del interesado*<sup>52</sup>.

En relación con el derecho a la educación, la Corte consideró que la entidad accionada no cumplió las obligaciones consignadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de Discapacidad, ya que esta establece que se debe prestar apoyo pedagógico en los centros educativos para garantizar el derecho a la educación. En ese sentido, señaló que la discapacidad no debía ser entendida como una enfermedad o un obstáculo para vivir, sino que debía 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. Por lo tanto, destacó que la discapacidad no solo debía abordarse desde el punto de vista médico, sino desde otras aristas que permitieran atenderla de manera integral. En consecuencia, ordenó a la Secretaría asignar personal docente en la institución distrital para que acompañara el proceso educativo del hijo del accionante.

Ahora bien, los profesionales de acompañamiento en el aula para personas en situación de discapacidad en algunas ocasiones revisten las características de “sombras”. Dichos escenarios facticos también han sido conocidos por la jurisprudencia constitucional. Así, la Sentencia T- 567 de 2013<sup>53</sup> examinó la procedencia de asignar un acompañante permanente (sombra) a un menor de edad para mejorar su calidad de vida. En el estudio del caso, la sentencia amparó los derechos fundamentales a la salud, a la educación y a la vida digna del menor al considerar que el entrenamiento de habilidades sociales mediante la inclusión escolar, constituye una actividad de orden educativa y, por lo tanto, es una responsabilidad de las autoridades educativas, es decir, las Secretarías de Educación<sup>54</sup>.

La Corte Constitucional en la sentencia T-170 de 2019, extrajo las siguientes reglas:

- El acompañamiento en el aula por parte de profesionales especializados para la asistencia de personas en situación de discapacidad ha sido considerado como un ajuste razonable que debe asumir **el sector educativo en aras de garantizar el derecho a la educación inclusiva**. No obstante, se ha determinado que la satisfacción de los derechos a la salud y a la educación en esas situaciones está interrelacionada, por lo que se requiere que ambos sectores cumplan con las responsabilidades que les son propias de manera coordinada.
- Cuando la EPS ha ordenado un acompañamiento terapéutico en el aula de clases, de manera que la educación inclusiva sea parte del proceso terapéutico, la Corte ha determinado que existe un componente mayormente educativo que es responsabilidad de las autoridades educativas<sup>55</sup>. Por lo tanto, ha ordenado que la prestación recaiga sobre tal sector y sólo de manera subsidiaria en el sector salud (Sentencia T- 567 de 2013<sup>56</sup>).
- Cuando la EPS no ha ordenado el acompañante terapéutico en el aula, pero lo ha solicitado el Colegio del niño en situación de discapacidad, la Corte ha solicitado la conformación de un Comité Interdisciplinario que integre autoridades educativas y de salud para que determinen su viabilidad. Adicionalmente, ha ordenado a la Secretaría de Educación respectiva que disponga del personal necesario para prestar el servicio educativo (Sentencia T-318 de 2014<sup>57</sup>).

En suma, la Corte ha considerado que los apoyos de carácter terapéutico al interior del aula, tanto ordenados por la EPS como solicitados por el Colegio respectivo cumplen una función educativa y, en consecuencia, son responsabilidad del sector educativo.

<sup>52</sup> Ib.

<sup>53</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>54</sup> La sentencia encontró: “no puede autorizar [el suministro de acompañamiento terapéutico (sombra)] directamente puesto que si bien con tal servicio se busca mejorar la calidad de vida de David Steban, esto se logra a través del entrenamiento en habilidades sociales mediante la inclusión escolar lo cual constituye un componente mayoritariamente educativo cuya responsabilidad recae sobre las autoridades educativas. Sin embargo, esto no excluye su componente médico si se tiene en cuenta que el componente terapéutico fue ordenado por el médico tratante.”

<sup>55</sup> La sentencia encontró: “no puede autorizar [el suministro de acompañamiento terapéutico (sombra)] directamente puesto que, si bien con tal servicio se busca mejorar la calidad de vida de David Steban, esto se logra a través del entrenamiento en habilidades sociales mediante la inclusión escolar lo cual constituye un componente mayoritariamente educativo cuya responsabilidad recae sobre las autoridades educativas. Sin embargo, esto no excluye su componente médico si se tiene en cuenta que el componente terapéutico fue ordenado por el médico tratante”.

<sup>56</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>57</sup> M.P. Alberto Rojas Ríos



## 5.8. Del Derecho Fundamental a la Salud

El artículo 49 de la Constitución Política dispone que la atención de salud es un servicio público a cargo del Estado el cual, debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Señala también la obligación del Estado de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de tales servicios a todos los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, oportunidad, calidad y solidaridad, así como establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Agrega que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

En Sentencia T-760 de 2008, se dijo que la salud es un derecho fundamental autónomo *“en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”*<sup>58</sup>. El legislador lo reconoció como fundamental mediante la Ley 1751 de 2015<sup>59</sup>, al consagrar en su artículo 2° que es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Como derecho fundamental autónomo, puede ser protegido mediante tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los presuntos afectados son sujetos de especial protección constitucional como en el presente caso, por tratarse de una persona de la tercera edad, trato diferenciado que tiene fundamento en el inciso 3° del artículo 13 de la Constitución Política y en los artículos 48 y 49 del mismo texto.

Igualmente la H. Corte Constitucional, ha concluido que el Estado, las EPS, o las que hagan sus veces –IPS, tienen una labor permanente de ampliación y modernización<sup>60</sup> en su cobertura con el fin de garantizar, de manera dinámica y progresiva el derecho a la salud en consonancia con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, la calidad en la prestación del servicio, accesibilidad, solidaridad e integralidad, a saber:

*“(…) Principio de accesibilidad. La Ley Estatutaria de Salud<sup>61</sup> lo define de la siguiente manera: “los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información.(...)”*

## 5.9. Procedencia directa de la acción de tutela para la protección del acceso efectivo al derecho fundamental a la salud.

De acuerdo lo normado en el artículo 49 superior, en consonancia con la dignidad humana, se observa que la salud dentro del ordenamiento jurídico nacional presenta doble connotación, en tanto servicio público esencial<sup>62</sup> y como derecho fundamental<sup>63</sup>, generado una correlatividad entre sus alcances.

Como derecho, la Corte suprema de justicia ha indicado que, *“en principio, a la salud no le fue reconocido un carácter fundamental per se, que permitiera su exigibilidad directa por vía de tutela, pues se excluía tal característica bajo el argumento de ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente derechos fundamentales como la vida y la integridad personal”*.

Posteriormente, la misma corporación observó que *“la fundamentalidad del derecho no podía depender de la manera como se hacía efectivo, sino de que el constituyente lo hubiese elevado a*

<sup>58</sup> T-920 de 2013.

<sup>59</sup> “Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

<sup>60</sup> Cfr. T-579 de 2017.

<sup>61</sup> Ley 1751 de 2015.

<sup>62</sup> Cfr. T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.

<sup>63</sup> Cfr. T-200 de marzo 15 de 2007 y T-548 de julio 17 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (ambas).



dicho rango, lo cual, en el caso del derecho a la salud, podía constatarse fácilmente en cuanto derecho propiciador de las condiciones de dignidad inherentes a la existencia humana, razón suficiente para protegerlo directamente en sede de tutela”.

Adicionalmente, se ha realizado que el derecho a la salud tiene una “naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles”<sup>64</sup>.

El Estado Colombiano en desarrollo del deber de organizar, dirigir y regular la prestación del servicio<sup>65</sup>, diseña e implementa el marco legal para el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el plan obligatorio del mismo y demás normas complementarias, con lo cual surge para las personas la posibilidad de acudir ante un juez de tutela a exigir las prestaciones contenidas en la reglamentación nacional, lo que a su vez comporta, una concreción del contenido normativo de esta garantía como derecho subjetivo.

Al respecto, La Corte Constitucional en sentencia T-859 de septiembre 25 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideró que el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental porque no es subjetivo; sin embargo, expuso que:

*“(a) adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”.*

Es por tanto, en este escenario donde se analiza la denegación del acceso efectivo al servicio asistencial de salud, no será necesario que exista amenaza a la vida o a otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela. De ahí que el análisis sobre la existencia de otro medio de defensa judicial no procederá, salvo que exista un procedimiento específico para enfrentar el problema jurídico que se estudia.

De acuerdo con lo expuesto y conforme a la reafirmada jurisprudencia constitucional sobre el acceso indefectible al servicio de salud y los criterios interpretativos que deben orientar la labor del servidor judicial, no puede entenderse desplazada la competencia del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud en los casos en lo que se invoca es la protección de dicho acceso efectivo al servicio.

## 5.10. El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

La Corte Constitucional a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima, ha erigido la continuidad en la prestación del servicio como elemento definitorio del derecho fundamental a la salud, que deviene quebrantado por la interrupción o intermitencia que genere o aumente el riesgo contra la calidad de vida. Esta misma Corte resalta la importancia de asegurar una constante y permanente prestación de los servicios de salud, según corresponda, con el fin de ofrecer a las personas “la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades”<sup>66</sup>.

En la sentencia T-1198 de diciembre 5 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, fueron indicados los criterios que deben observarse para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, así:

*“... (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene[n] a su cargo la prestación de*

<sup>64</sup> Cfr. T-650 de septiembre 17 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto

<sup>65</sup> Arts. 49 Constitución y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>66</sup> T-576 de junio 5 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.



*este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”*

Cabe así mismo señalar que, en materia de práctica de exámenes médicos, la Corte en sentencia T-101 de febrero 16 de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, sostuvo:

*“La entidad prestadora del servicio es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado. Sobre la base de su incumplimiento, no le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos a la salud de sus afiliados y beneficiarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su labor.”*

Así las cosas, la continuidad en la prestación del servicio debe garantizarse en términos de universalidad, integralidad, oportunidad, eficiencia y calidad, dado que la efectividad del derecho fundamental a la salud depende de su oportuno cumplimiento, en la medida en que la garantía de continuidad en la prestación del servicio forma parte de su núcleo esencial, por lo cual no resulta admisible constitucionalmente que las entidades que participan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- se abstengan de prestarlo o interrumpan el tratamiento requerido, por razones presupuestales o administrativas, desconociendo el principio de confianza legítima e incurriendo en vulneración del derecho constitucional fundamental.

## 6. CASO CONCRETO

En el presente caso, el menor SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ, quien cuenta con nueve (09) años de edad, se halla afiliado al Régimen Contributivo como Beneficiario a la Entidad Promotora de Salud SANITAS EPS S.A, tal como lo esbozo la EPS accionada en el informe rendido al despacho.

Según se desprende de los hechos del libelo tutelar, Historia Clínica y ordenamiento Médico, elaboradas el día 31/01/2024 e informe del 01 de abril de 2024, por su médico tratante especialista en Neurología Pediatra Dra. Sara Patricia Pérez Sierra, adscrita al Centro de Rehabilitación Integral de Boyacá E.S.E CRIB se aprecia que el niño S. A. Acero Ramírez, es un Paciente con malformación de Dandy-Walker que asocia epilepsia con crisis focales, secundariamente bilaterales, mioclónico-atónicas, clonias faciales, ausencias atípicas, configurando síndrome electro clínico de Lennox Gastaut (epilepsia de difícil control) compromiso cognitivo que lo estadifica en discapacidad intelectual moderada trastorno mixto del lenguaje, razón por la que le fue prescrito etosuximida 375 mg/día (125-250) (13 mg/kg/día), levetiracetam 2g/día (10 ml cada 12 horas la recibe a las 7:00 hs. y 19:00 hs.) (71 mg/kg/día), Acido valproico 800 mg/día (400 mg cada 12 horas en jarabe, lo recibe 7: 00 hs y 19:00 hs) 28 mg/kg/día, terapia cetogénica con ketovolve 68 gramos/día (lo recibe con el desayuno y con la cena) y acompañante terapéutico de tipo pedagógico por el tiempo que dura la jornada escolar lunes a viernes de 7:00 hs a 16:00 hs.

Se resalta que la entidad accionada SANITAS EPS S.A, en el informe rendido al despacho básicamente señaló que, que el medicamento “etosuximida” se trata de un medicamento vital no disponible de acuerdo con la definición realizada en la Resolución 3166 del 2015, que, requiere autorización de importación ante el INVIMA, que el proceso de solicitud de autorización de importación de medicamentos ante el INVIMA, consta de seis etapas y tiempos, que el medicamento se encuentra en la etapa 4, es decir de compra, legalización al país y notificación de la llegada al país y aduce que el acompañante terapéutico durante jornada escolar, es un servicio que no hace parte de los profesionales de la salud y que su pertinencia se define desde el área de educación, que un educador o tutor sombra le permite al niño asistir a clase mientras está recibiendo la



atención extra que necesita, para poder ayudar al estudiante para poder interactuar con los demás y ayudarle con tareas escolares.

Ahora de las pruebas allegadas se encuentra que SERGIO ANDRES padece un enfermedad huérfana y que son pocos los tratamientos que se conceden y prescriben para este tipo de enfermedades, siendo innegable que se está en presencia de un caso en el que se demanda la protección del derecho a la Salud a partir de la exigibilidad de los principios de oportunidad y eficiencia, los cuales requieren que la entrega de los referidos servicios ordenados por el médico tratante, debe hacerse de manera oportuna, y en los términos señalados sin que el demandante en tutela tenga que soportar discusiones de carácter administrativo, que puedan afectar gravemente el estado de salud de su menor, quién goza de especial protección del estado por tratarse de un menor de edad con capacidades diferentes.

En este sentido, es necesario traer a colación lo informado por Droguerías y Farmacias Cruz verde, en tanto que el medicamento ETOSUXIMIDA x 250 MG tabletas, no se encuentra incluido en el LISTADO DE MEDICAMENTOS VITALES NO DISPONIBLES de la DIRECCIÓN DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS BIOLÓGICOS de INVIMA, donde argumenta además que, una vez realizada la búsqueda en los sistemas de información y bases de datos de la entidad se encontró que el producto ETOSUXIMIDA x 250 MG tabletas no contaba con autorización de servicios vigente que habilite la dispensación, y que están en total disposición de atender las solicitudes de dispensación en la medida de su causación mensual que realicen los usuarios, su radicación a través de los canales establecidos y la disponibilidad en stock.

De la Historia clínica y lo afirmado por el padre del menor se tiene que, en el presente caso, se acredita que la EPS ya ha suministrado el medicamento, y se infiere de este documento y lo indicado por la médico tratante que hace 3 meses no se hace entrega del mismo por su EPS, lo cual causa graves afectaciones a la salud del menor, por lo anterior, no es de recibo para este despacho lo indicado por SANITAS, al indicar que este es un medicamento que debe entrar al país con autorización de importación emitida por el INVIMA, frente a lo cual debe enfatizarse que en su informe esta entidad indicó, no se evidencian solicitudes de autorización de importación del medicamento ETOSUXIMIDA 250 mg TABLETA, para el paciente SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ, identificado con registro civil 1051073672, además de lo indicado por la IPS Cruz Verde encargada de la dispensación que es totalmente contraria a lo indicado por la EPS, indicando estar en disposición de entregar el mismo y argumentando su no entrega por causas de autorización de la citada EPS.

Así las cosas, encuentra este juzgado, que el agenciado es un sujeto de especial protección constitucional cuyos derechos gozan de una protección prevalente en dos sentidos: se trata de un niño y padece una discapacidad derivada de la patología que padece síndrome de Dandy Walker.

En segundo lugar, los efectos progresivos e irreversibles de la Patología antes indicada acentúan la importancia de la intervención temprana con tratamientos que tienden a desacelerar el deterioro físico y retardar el curso natural de esta enfermedad que causa crisis convulsivas por la falta del suministro del medicamento, que incrementa la actividad epiléptica con riesgo de Estatus convulsivo y mayor daño Neurológico. En este sentido, es evidente la urgencia de garantizar la protección solicitada para evitar un perjuicio irremediable en el caso del menor de edad accionante, toda vez que se trata de un paciente de nueve años de edad que de acuerdo con su historia clínica y con el informe y pruebas allegadas por la Institución educativa, puede interactuar con adultos de forma verbal y puntual, forma relaciones de compañeros con los niños de su clase, le gusta Jugar fútbol e interactúa con material moldeable, entre otras actividades, y podría mejorar su calidad de vida con el suministro del medicamento, para retrasar los efectos adversos de la patología que padece, dado que la médico tratante indica que con el oportuno y continuo suministro del medicamento se disminuyen las crisis convulsivas diarias.



De manera que, de acuerdo con lo expuesto encuentra el Juzgado que la Accionada EPS SANITAS y la vinculada Droguerías y farmacias Cruz Verde SAS, vulneraron los derechos fundamentales invocados en la presente acción. En cuanto a que la primera es entidad a la que estaba afiliado el accionante al momento de la interposición del amparo, y la segunda es la IPS encargada de dispensar el Medicamento "Etosuximida de 250g tabletas", quienes en principio en el informe de la EPS se indica estar adelantando la importación del medicamento y la IPS señala estar en disponibilidad de hacer entrega del mismo, siempre y cuando la EPS SANITAS emita una nueva autorización de servicios, al no tener CRUZ VERDE injerencia alguna en el proceso de prescripción y autorización.

Así las cosas, se observa que la EPS debe emitir una nueva orden médica que prescriba al menor el Medicamento Etosuximida de 250g tabletas, en la forma y cantidad que este requiere para el tratamiento de su patología, por lo que, se ampara el derecho a la Salud del niño S.A.A.R., y se ordenará a la EPS SANITAS y a la IPS Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S., llevar a cabo los trámites administrativos y financieros que garanticen la entrega material y oportuna del medicamento, sin dilaciones de ninguna índole, atendiendo a que estamos frente a los derechos de un NNA que goza de especial protección constitucional.

Dilucidado lo anterior, debe el Despacho adentrarse en el análisis de la segunda pretensión que alude a que se ordene a la EPS la asignación de un acompañante Terapéutico durante la Jornada escolar de 8 a 4 de la tarde para el menor S.A.A.M., frente a lo cual debe resaltarse que, aunque jurisprudencialmente se ha considerado que las terapias son una prestación propia del sector salud, con un componente clínico y un profesional habilitado para ello, existen otras prestaciones, como la integración al aula regular mediante flexibilizaciones curriculares, que pertenecen al sistema educativo oficial.

Es por ello, que es importante diferenciar si la prestación requerida tiene una labor principalmente pedagógica, caso en el cual es posible referirse al criterio según el cual la educación inclusiva es responsabilidad del sistema educativo oficial; o si, por el contrario, es claro que lo prescrito al menor tiene como objetivo principal su rehabilitación o tratamiento físico, caso en el cual, es probable que las prestaciones requeridas pertenezcan al sector de la salud y protección social, Pues bien, con el escrito de tutela se adjuntó orden médica del 31 de enero y 04 de marzo de 2024 emanada de la Médico Pediatra Sara Patricia Pérez Sierra adscrita al CRIB, en la que se prescribió: "*paciente con malformación encefálica Dandy Walker asocia epilepsia refractaria y compromiso cognitivo severo, requiere acompañamiento terapéutico durante la jornada escolar*".

Por esto, el Despacho estudiará los documentos que reposan en el expediente, con la finalidad de establecer si lo pretendido impacta directamente el proceso académico del accionante o su rehabilitación a nivel físico, al respecto no habiendo claridad para el Juzgado frente a la solicitud del accionante en cuanto a la necesidad del mismo y habiéndose prescrito por la médico tratante, el Juzgado solicito a esta profesional aclarar señalar la finalidad para la cual se ordena dicho acompañante, es decir, si es con fines Terapéutico Clínicos o Pedagógicos de acuerdo a las necesidades del menor, quien se limitó a transcribir la Historia clínica e indicar que el mismo era con fines pedagógicos, sin haber suministrado las razones de su dicho o ilustrar al despacho sobre la necesidad del mismo de lo cual llama la atención que del escrito de Tutela y la Respuesta del Colegio permiten inferir al despacho que su requerimiento se enfoca en fines diferentes de los meramente académicos.

Asimismo, en la respuesta dada por el Colegio Gimnasio Juan de Castellanos, se evidencia que el motivo de la solicitud del acompañamiento terapéutico para Sergio Andrés obedece a que él no puede permanecer más de 10 minutos en una actividad, a veces presenta comportamiento agresivos con los niños de primera infancia y al compartir la horas de alimentación puede ingerir alimentos que le sean compartidos por sus compañeros, haciéndose necesario el acompañamiento direccionado desde el sistema de salud.



De lo expuesto, es claro para el Despacho que, las prestaciones ordenadas, corresponden a procesos y adaptaciones propias de la integración y progreso al interior del entorno educativo, por lo que, pese a que las pretensiones de la parte accionante se enfocan en una mayor proporción a los derechos a la salud y la dignidad humana, el estudio de este caso se centrará en el derecho a la educación inclusiva.

Es menester precisar que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que el juez de Tutela resuelva asuntos sin ceñirse estricta y forzosamente a (i) los hechos relatados en la demanda; (ii) las pretensiones contenidas en ella; ni (iii) a los derechos invocados en el escrito de tutela<sup>67</sup>. Estas facultades, denominadas ultra -más allá de lo solicitado- y extra patita -por fuera de lo pedido-, se justifican en la medida en que el recurso de amparo es una acción informal que tiene por objeto hacer efectiva la garantía de los derechos fundamentales<sup>68</sup>.

Así las cosas, como se señaló en acápites anteriores, el Estado colombiano tiene la obligación de asegurar el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con TEA o en situación de discapacidad, tal y como el menor Acero Ramirez, en igualdad de condiciones a las demás personas<sup>69</sup>. En este caso, respecto del derecho a la educación, dicha obligación se materializa a través de la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja.

En ese sentido, como se expuso en los acápites anteriores, cuando se trata de estudiantes en situación de discapacidad el Decreto 1421 de 2017 determina que la garantía de su derecho a la educación es una responsabilidad, principalmente a cargo de las entidades territoriales certificadas, como la Alcaldía de Tunja, por medio de su Secretaría de Educación. De acuerdo con las reglas jurisprudenciales antes mencionadas, el acceso al derecho a la educación en condiciones plenas al accionante se debe garantizar por parte de dicha autoridad educativa mediante la prestación de un proceso de educación inclusiva, como regla general, o de una educación especial diferenciada, como situación excepcional.

Conforme con la jurisprudencia constitucional, la determinación del carácter inclusivo o diferenciado del proceso educativo que se le brindará a cada estudiante en situación de discapacidad depende del resultado de las evaluaciones psicológicas, familiares y médicas que se hagan al estudiante, en este caso, la Autoridad Médica, recomienda el acompañamiento de un terapeuta en el aula, y vinculada la institución educativa indica la necesidad de acompañamiento más con fines de control que con fines académicos o terapéuticos.

Como se advirtió, tanto la jurisprudencia como la legislación vigente sobre educación inclusiva establecen que las autoridades del sector educativo deben realizar ajustes razonables en el sistema escolar para garantizar procesos de educación inclusiva con base en las necesidades específicas de cada estudiante con capacidades diferentes o discapacidad. Ello implica que en cada caso deben tener en cuenta las características propias de cada educando para disminuir las barreras sociales que restringen su participación en el ambiente escolar, en el sub lite, se encontró probado en diagnóstico de “Síndrome de Dandy Walker”, el cual, de conformidad con lo indicado por la Médico tratante “ASOCIA EPILEPSIA CON CRISIS FOCALES, SECUNDARIAMENTE BILATERALES, MIOCLÓNICO-ATÓNICAS, CLONIAS FACIALES, AUSENCIAS ATÍPICAS, CONFIGURANDO SINDROME ELECTROCLÍNICO DE LENNOX GASTAUT (EPILEPSIA DE DIFICIL CONTROL) COMPROMISO COGNITIVO QUE LO ESTADIFICA EN DISCAPACIDAD INTELECTUAL MODERADA TRASTORNO MIXTO DEL LENGUAJE”,<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU-195 de 2012 y T-001 de 2021.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 1

<sup>70</sup> Historia Clínica y respuesta a requerimiento de fecha 1 de abril de 2024



Este Juzgado igualmente debe advertir que, de acuerdo con el numeral 89 del Anexo Técnico de la Resolución 2808 de 2022 -vigente a la fecha de presentación de la tutela- las sombras terapéuticas están excluidas del listado de servicios y tecnologías financiados con los recursos públicos asignados a la salud, sin importar la condición o enfermedad asociada a su prescripción. Esto es así, porque, se reitera, el IETS, el MSPS e, incluso, la Corte Constitucional, han advertido que no existe evidencia científica sobre la eficacia clínica de las terapias sombra para la habilitación y rehabilitación en salud de los niños con discapacidad de desarrollo causados por diferencias en el cerebro con dificultades como en este caso de comunicación e interacción social entre otras, que se asimila a niños TEA. Por el contrario, se ha encontrado que este tipo de terapias generan una dependencia en el profesional acompañante y limitan la interacción con los miembros del entorno familiar y social. Esto obstaculiza su inclusión y participación en ámbitos sociales, entorpece su proceso de generación de habilidades y obstruye su independencia, lo que es incompatible con el propósito de dotar de autonomía a las personas en situación de discapacidad.

En este caso el Juzgado a partir del material probatorio mencionado, colige que el niño Acero Ramírez de capacidades diferentes, se encuentra en una situación de vulnerabilidad debido a que su condición médica que le genera dificultades en el desarrollo de diferentes actividades, sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la regla conforme a la cual los servicios que están en la lista de exclusiones no pueden ser financiados con cargo a recursos públicos del SGSSS, puede ser inaplicada si se cumplen cuatro requisitos, a saber, que: "(i) el servicio o tecnología excluido haya sido ordenado por el médico tratante; (ii) la ausencia del servicio o tecnología en salud cause una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente; (iii) no exista dentro del PBS otro servicio o tecnología que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad y (iv) el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología"<sup>71</sup>. A la luz de estos criterios, en este caso no es procedente ordenar el suministro del servicio excluido, porque (i) no existe evidencia de que la ausencia del servicio o tecnología en salud cause una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del niño S.A.A.B.

Orden médica. existe prescripción médica indicando "paciente requiere acompañante Terapéutico", y por solicitud del Juzgado indica que se trata de un acompañante Terapéutico con fines netamente pedagógicos, para el horario escolar, es este sentido es importante precisar que en otro anexo la médico Neuropsicóloga Dra. MIRYAN ALEYXIS VELASQUEZ GAONA, al realizar estudio de Hallazgos de Procesos Cognitivos y Coeficiente Intelectual, conceptuó que el menor tiene "EL RENDIMIENTO DEL EVALUADO EN LA ESCALA TOTAL SE UBICA EN UN RANGO EXTREMADAMENTE BAJO, DANDO CUENTA DE UN RENDIMIENTO SIGNIFICATIVAMENTE DESCENDIDO EN COMPARACIÓN CON LA MEDIA DE SU EDAD. SU COEFICIENTE TOTAL ES DE 45 LO CUAL CORRESPONDE A UNA DISCAPACIDAD INTELECTUAL MODERADA", por lo que recomienda: " • INICIAR PROCESO DE INCLUSIÓN ESCOLAR • APOYAR A JUNIOR EN SUS INICIATIVAS DE APRENDIZAJE DE MAYOR POTENCIAL • ESTIMULAR ÁREAS DE MENOR DESEMPEÑO • INICIAR PROCESO DE REHABILITACIÓN COGNITIVA • INICIAR EXPLORACIÓN SOCIO OCUPACIONAL • MOTIVAR ESPACIOS DE LECTURA PARA AMPLIAR FLUIDEZ VERBAL". De manera que esta Judicatura advierte que la profesional encontró que "era importante que el paciente iniciara proceso de inclusión escolar, apoyando sus áreas de mayor potencial, es decir, en una institución educativa que maneje programas de inclusión escolar, con un esquema de adaptaciones curriculares y flexibilidad pedagógica teniendo en cuenta sus necesidades educativas especiales, lo que le permitirá consolidar habilidades pedagógicas básicas, desarrollo social y emocional"<sup>72</sup>.

Sin embargo, no se observa recomendación que corresponda al acompañamiento o tutor sombra en ambiente escolar, de otra parte, si bien la médico tratante neuro pediatra indica que el menor requiere un acompañante terapéutico en el entorno escolar, debe indicarse que en el plan de necesidades especiales de este menor se plasma "*Sergio Andrés, un niño de 10 años, estatura promedio para su edad, tiene síndrome de Dandy Walker, interactúa con el adulto de forma verbal y puntual, intenta forjar una relación de compañeros con los niños de su clase, sin embargo, le cuesta entablar conversación. Le gusta el fútbol e interactuar con material moldeable. Le desagrada que otros niños le peguen y responde de la misma manera, tiene expectativas en aprender a socializar mejor; el padre aspira*

<sup>71</sup> Sentencia T 170 de 2019

<sup>72</sup> ibidem.



a que su hijo mejore sus relaciones interpersonales y académicamente avance según su condición.” A renglón seguido “Sergio, es un niño activo no le gusta estar mucho tiempo sentado, de la nada realiza acciones bruscas y sonidos (gritos), en el aula se levanta mucho del puesto observando los comportamientos y las actividades de los demás niños. Necesita apoyo en el desarrollo de la motricidad fina y gruesa, habilidades académicas básicas como caligrafía, lectura de signos simple (letras, números, signos), ubicación espacial y temporal y manualidades. El niño sabe manipular un lápiz y rayar”<sup>73</sup>.

Aquí lo requerido por el padre del menor con capacidades diferentes que igualmente avala el colegio, se reitera alude al control propio del docente en el aula de clase y en los momentos de comida, que según se observa pretenden evitar que el menor pueda consumir alimentos de los otros menores, por lo que el Juzgado infiere que no se requiere de un acompañante terapéutico, dado que igualmente en la historia clínica se observa que se le prescribió por su medica tratante “TERAPIAS INTEGRALES CON FONOAUDILOGÍA 2 VECES/SEMANA, TERAPIA OCUPACIONAL 2 VECES/SEMANA, PSICOLOGÍA 1 VEZ/SEMANA”, de las que nada se indica en la acción de Tutela, frente al suministro por su EPS, con estas terapias, un profesional busca reforzar las conductas deseables y eliminar las desadaptativas; fortalecer la independencia, funcionalidad y autonomía del paciente y la rehabilitación de trastornos en la comunicación, respectivamente.

Por lo demás, el Juzgado considera que aunque la profesional medica no fue clara la recomendación se encamina a que se asigne apoyos pedagógicos en el aula, es decir, acompañantes o docentes de apoyo personalizado en el entorno escolar, sin embargo, de acuerdo con lo aquí expuesto este Juzgado considera con fundamento en el plan de necesidades especiales elaborado por el colegio y el concepto Hallazgos de Procesos Cognitivos y Coeficiente Intelectual, que aquí la ausencia de un acompañante que contribuya a la consecución de estas finalidades no constituye amenaza o vulneración de sus derechos a la vida o integridad física del menor, dado que, conforme al principio de solidaridad familiar, su familia tiene las posibilidades de brindarle acompañamiento y realizar un trabajo articulado con el colegio, en aras de generar un ambiente agradable y acogedor para el menor, que como lo indica el Ministerio de educación<sup>74</sup> que permita establecer relaciones de confianza entre sus familias y la institución educativa; es así que de requerirse podrá solicitarse el apoyo de los padres en el proceso educativo, firmado acta en la que por ejemplo se comprometan a acudir de ser necesario en la hora de almuerzo y vigilar el estricto cumplimiento de su dieta, y de manera coordinada establecer con la institución educativa los apoyos que requieran en desarrollo de la educación inclusiva, responsabilidad que compete a sus dos progenitores y en caso de ausencia en el cumplimiento de las responsabilidades por alguno de estos puede la Institución educativa reportar ante el ICBF, para que se activen las rutas tendientes a garantizar los derechos que le asisten al menor.

En consecuencia, el Despacho encuentra que no se ha vulnerado el derecho a la educación inclusiva del menor Sergio Andrés Acero Ramírez, por lo que se Negará el acompañante de carácter terapéutico que brinde soporte a las actividades educativas del menor.

Finalmente, de acuerdo con el informe de la Alcaldía Municipal en el que se Indica que no le constan los hechos, que en la base de datos de la Secretaría de Salud Territorial de Tunja no se encuentra información respecto del menor Sergio Andrés Acero Ramírez, y que las determinaciones frente a esta acción de Tutela competen directamente a esta Institución de Carácter privado, con autonomía administrativa, se debe exhortar a esta Secretaría para que cumpla su función de control frente a los planteles educativos y la

<sup>73</sup> PDF 34 folios 79-80

<sup>74</sup> GUÍA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL DECRETO 1421 DE 2017- ATENCIÓN EDUCATIVA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MARCO DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA. “Se espera que los directivos, maestros, compañeros y familia construyan un encuentro y diálogo que les permita compartir percepciones y creencias y definir las estrategias, ajustes y apoyos que se requieren en este proceso. Como se verá más adelante, estos son insumos para la construcción del PIAR y las actas de acuerdo, en particular: • Los ajustes a realizar en los tiempos de permanencia del estudiante en las instituciones educativas y la flexibilización del horario, si es necesario. • Los ajustes al espacio, que pueden variar según las necesidades del lugar. • Los ajustes a los proyectos de aula y planeaciones, cuya finalidad es garantizar los aprendizajes y la participación de todas y todos. • Los ajustes frente a la ubicación del estudiante en el aula y las estrategias de comunicación más pertinentes, si es necesario. • Los ajustes en los procesos de alimentos, recomendaciones frente a preparaciones, consistencia, cantidad, ingredientes. • La identificación de la atención que requiere el estudiante por parte del sector salud, medicación, procesos terapéuticos, entre otros. • Los procesos que se requieren trabajar conjuntamente con la familia y con la comunidad educativa en general para favorecer su educación inclusiva. • También es el espacio clave para la identificación de los estudiantes con posibles alertas en el desarrollo o dificultades en el aprendizaje, casos en los cuales será fundamental solicitar concepto de sector salud como entidad competente y hacer seguimiento a su proceso educativo, haciendo los ajustes que haya lugar.



responsabilidad de organizar la oferta educativa para atender a los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos con discapacidad que demandan el servicio educativo en esta jurisdicción y habiendo conocido la situación del menor Acero Ramírez, coordine con la Institución educativa y requiera la información necesaria para que el citado menor sea inscrito en las bases de datos Municipales y pueda ser beneficiario de los diferentes programas que adelanta la Alcaldía Municipal de Tunja para personas con capacidades diferentes.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Tunja**, en sede de Juez constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental a la salud del menor SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ, solicitado por su padre LUIS HERNANDO ACERO BUSTOS, vulnerado por la EPS SANITAS y DROGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S.

**SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR** a la EPS SANITAS, que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda si no lo ha hecho ya a autorizar la entrega del medicamento ETOSUXIMIDA 250 MG TABLETAS, en la forma prescrita por su médico tratante a favor del niño SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ, el día 31 de enero de 2024. dentro del tratamiento de su patología Malformación de Dandy Walker.

**TERCERO. ORDENAR** a DROGUERIAS y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S, que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la autorización expedida por la E.P.S. SANITAS, entregue el medicamento ETOSUXIMIDA 250 MG TABLETAS a favor del niño SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ

**CUARTO: NEGAR** el amparo del derecho fundamental a la educación inclusiva para la asignación de un Acompañante Terapéutico del niño SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ, solicitado por su padre LUIS HERNANDO ACERO BUSTOS de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

**QUINTO. EXHORTAR a Colegio Gimnasio Juan de Castellanos**, para que vincule a los padres del menor SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ, señores LUIS HERNANDO ACERO BUSTOS y LEIDY AMANDA RAMIREZ CRUZ, y coordinen el apoyo que requieran en el proceso educativo del menor, levantando las actas del caso, por lo expuesto en la parte Motiva de este fallo.

**SEXTO: EXORTAR** a la Secretaria de Educación de Tunja coordine con la Institución educativa y requiera la información necesaria para que el Menor SERGIO ANDRES ACERO RAMIREZ, de capacidades diferentes, sea inscrito en las bases de datos del ente Territorial y pueda ser beneficiario de los diferentes programas que adelanta la Alcaldía de Tunja para personas con capacidades diferentes, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

**SEPTIMO: Desvincular** de esta acción a INVIMA, Ministerio de Salud, Secretaria de Salud de Boyacá, Centro de rehabilitación Integral de Boyacá E.S.E., Ministerio de Educación Nacional, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (ADRES).

**OCTAVO.** Si no fuere impugnado este fallo, dentro del término legal remítase las diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.



**NOVENO:** De conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 contra esta decisión procede el recurso de **IMPUGNACIÓN** dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

**DECIMO: NOTIFICAR** la presente decisión en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**EDILMA RUBIELA CORSO ROJAS**

Juez

ERHP/.

Firmado Por:

**Edilma Rubiela Corso Rojas**

Juez

Juzgado Municipal

Penal 001 Para Adolescentes Control De Garantías

Tunja - Boyaca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d4734885534282c5ac113ddb44ed94128b16ef4d0df090f798c9ee2b0e38d417**

Documento generado en 03/04/2024 09:02:24 a. m.

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**