

SENTENCIA SU-475/23 (9 DE NOVIEMBRE)
M.P. PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
EXPEDIENTE: T-8.975.587

LA CORTE AMPARÓ EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE UN NIÑO CON TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA QUE REQUERÍA DE UN DOCENTE DE APOYO PERSONALIZADO EN EL AULA EN UNA INSTITUCIÓN EDUCATIVA PRIVADA

1. Antecedentes

Hechos. JJCG es un niño de 9 años, que fue diagnosticado con “Trastorno del Espectro Autista ‘Síndrome de Asperger’ y Síndrome Opositor Desafiante” (TEA). De acuerdo con el médico psiquiatra tratante, el menor tiene retraso mental leve y “deterioro del comportamiento significativo”, por lo que requiere terapias conductuales, ocupacionales y de lenguaje, estas tres, con enfoque de “Análisis Conductual Aplicado” (“ABA” por su sigla en inglés).

Durante los años 2021 y 2022, el niño estuvo matriculado en la institución educativa privada GCNN. El 7 de julio de 2021, la neuropsicopedagoga de la IPS Aprender, llevó a cabo una prueba cognitiva en la que encontró que “era importante que el paciente mantuviera vinculación al contexto escolar en el aula regular 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”. Por esta razón, recomendó brindar “atención bajo la modalidad presencial con acompañamiento, supervisión y apoyo permanente durante las clases de parte del profesor o profesionales de apoyo”. Luego de la recomendación hecha por la profesional, el colegio GCNN, junto con los docentes, el director, la rectora, la coordinadora académica, la psicóloga, los padres de familia y la terapeuta, construyeron el Plan Individual de Ajustes Razonables (PIAR) y solicitaron a sus padres procurar un acompañante para su proceso pedagógico.

El 10 de agosto de 2021, con fundamento en el informe de la neuropsicopedagoga, la madre del menor presentó derecho de petición ante la EPS Sanitas en el que solicitó que la entidad proporcionara acompañamiento sombra a su hijo de forma permanente, esto es, de forma curricular (en el establecimiento educativo) y extracurricular (en su domicilio). El 25 de agosto de 2021, la EPS Sanitas rechazó la solicitud con fundamento en que únicamente estaba obligada a garantizar servicios y tecnologías en salud “prescritos u ordenados y justificados por médicos tratantes de [su] Red”. Además, indicó que “el servicio denominado sombras terapéuticas (terapia sombra, sombra pedagógica o acompañamiento

terapéutico)” se encontraba excluido del Plan de Beneficios en Salud según el listado de la Resolución 5267 de 2017. El 30 de agosto de 2021, la accionante radicó el mismo derecho de petición ante la Secretaría de Educación Municipal de la Alcaldía de Neiva. El 16 de septiembre de 2021, esta entidad negó la solicitud, tras considerar que “las terapias con enfoque tipo ABA deben ser solicitadas a la (...) EPS a la cual esté afiliado [el niño]”.

Acción de tutela. La madre del menor presentó acción de tutela en contra de la Secretaría de Educación Municipal y la EPS. Argumentó que, al negarse a proporcionar el acompañamiento sombra, las accionadas vulneraron los derechos fundamentales de su hijo a la educación inclusiva y a la salud. Con fundamento en lo anterior, solicitó como pretensiones (i) amparar los derechos fundamentales de su hijo y (ii) ordenar a la Secretaría de Educación Municipal y/o a la EPS que proporcionen el “acompañamiento sombra curricular y extracurricular”.

Luego de la presentación de la acción de tutela, el 3 de marzo de 2023, la accionante informó a la Corte que su hijo había dejado de estudiar en el colegio GCNN. Indicó que, en la actualidad, se encontraba cursando tercer grado de básica primaria en el colegio privado HAM. El 24 de febrero de 2023, esta última institución acordó que los padres del niño se comprometían a solicitar al Estado la asignación de “acompañamiento de profesional de apoyo terapéutico en el aula” para su hijo, como parte de los compromisos a los que se llegó con la elaboración del Plan Individualizado de Ajustes Razonables (PIAR).

2. Decisión

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente asunto.

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, mediante la cual se declaró improcedente la tutela y se revocó la sentencia de 15 de julio de 2022 del Juez Primero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Neiva, que había amparado el derecho a la integridad personal del niño. En su lugar, (i) declarar la **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO** por daño consumado en relación con la pretensión dirigida a que se asignara un acompañante o docente de apoyo en aula en el colegio GCNN, (ii) **NEGAR** el amparo del derecho fundamental a la salud y (iii) **AMPARAR** los derechos fundamentales a la educación inclusiva y a la igualdad del niño JJCG, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

TERCERO. ORDENAR al colegio HAM que garantice el pleno goce y ejercicio del derecho fundamental a la educación inclusiva del niño JJCG. Con este

propósito, deberá: (i) adelantar las gestiones tendientes a determinar el costo del docente de apoyo personalizado que el niño JCCG requiere, conforme a la intensidad horaria y materias determinada en el PIAR (ii) acordar con sus padres la suma que, de acuerdo con su capacidad económica, pueden aportar para la financiación del costo de este servicio y (iii) contratar y asignar el docente de apoyo personalizado en aula idóneo que acompañe al niño JJCG en su proceso educativo.

CUARTO. ORDENAR a la Secretaría de Educación de Neiva que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, acompañe y preste asistencia a la familia del niño JCCG, así como al colegio HAM, en la consecución, contratación y designación del docente de apoyo personalizado que acompañe al menor en su proceso educativo.

CUARTO. EXHORTAR al Ministerio de Educación Nacional para que, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, y con fundamento en su obligación de garantizar los procesos de inclusión educativa, regule los mecanismos de financiación de los ajustes razonables personalizados en las instituciones de educación privada que los estudiantes requieran para el pleno goce y ejercicio del derecho fundamental a la educación inclusiva. En particular, para que (i) regule la forma en que las instituciones de educación privada podrán recuperar los costos en que incurran para la cobertura del costo de los ajustes razonables personalizados que requieran los estudiantes que tengan diagnóstico de TEA, se encuentren en situación de discapacidad o tengan necesidades especiales en aquellos casos en los que la familia no cuente con la capacidad económica para sufragar la totalidad de su valor y (ii) examine la posibilidad de aumentar el porcentaje de las tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos que, conforme a la ley y el reglamento, las instituciones de educación privada tienen autorizado incrementar para la implementación de estrategias de educación inclusiva.

QUINTO. EXHORTAR al Gobierno nacional, para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, diseñe y adopte medidas o incentivos tributarios, económicos o de cualquier naturaleza, con el propósito de promover la implementación de estrategias para fortalecer la educación inclusiva en instituciones de educación privada.

SEXTO. Por Secretaría General, **LIBRAR** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

3. Síntesis de los fundamentos

- (i) Carencia actual de objeto

La Sala Plena de la Corte Constitucional encontró que se había configurado una carencia actual de objeto parcial por daño consumado respecto de la pretensión dirigida a que se asignara un docente de apoyo personalizado en aula que acompañara al menor JCCG en el colegio GCNN. Esto, porque luego de la presentación de la acción de tutela, la accionante informó a la Corte que su hijo había dejado de estudiar en esta institución y había sido matriculado en el colegio privado HAM. En criterio de la Sala, esta circunstancia configuraba una carencia actual de objeto por daño consumado, porque el menor fue retirado del colegio sin que esta institución hubiere asignado un docente de apoyo personalizado. Esto implicaba que la afectación a los derechos fundamentales que se pretendía evitar con la tutela ya se había materializado y no era posible adoptar ninguna orden para retrotraer tal situación.

Con todo, la Sala aclaró que emitiría un pronunciamiento de fondo. Esto, por tres razones. Primero, conforme a la jurisprudencia constitucional, en los casos de daño consumado es perentorio emitir un pronunciamiento de fondo con el propósito de (i) advertir a los responsables sobre la inconstitucionalidad de sus acciones y omisiones y (ii) tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan. Segundo, en este caso la carencia actual de objeto era apenas parcial, puesto que, de un lado, la accionante también solicitaba el amparo del derecho fundamental a la salud. De otro, actualmente el niño JJCG se encontraba estudiando en el colegio HAM y no estaba recibiendo el apoyo personalizado en aula que requería conforme al PIAR. Esto, porque esta institución de educación privada consideraba que el docente de apoyo personalizado en aula debía ser financiado por los padres o debía ser asignado por el Estado o la EPS del menor.

(ii) Examen de fondo

La Sala dividió el examen de fondo en dos secciones. En la primera, estudió el problema jurídico relacionado con la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud y, en la segunda, el relativo a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la educación inclusiva y a la igualdad.

(a) Presunta violación del derecho fundamental a la salud

La Sala Plena concluyó que la EPS no vulneró el derecho fundamental a la salud del niño al negarse a suministrar un tutor sombra. Esto, porque las sombras terapéuticas están expresamente excluidas del Plan de Beneficios en Salud, debido a que el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud, el Ministerio de Salud y Protección Social, así como 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 Trastorno del Espectro Autista (TEA). En todo caso, la Corte resaltó que en este caso no se satisfacen al menos dos de los requisitos definidos por la jurisprudencia para que sea procedente el suministro excepcional de servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En particular, encontró que (i) no existe prescripción médica que ordene el suministro de acompañamiento o tutor sombra extracurricular con enfoque ABA en ambiente natural, sino solo en el aula y (ii) no se habían aportado pruebas de que la falta de un acompañante sombra *extracurricular* con enfoque ABA amenazara o vulnerara los derechos a la vida o la integridad física del niño.

(b) Presunta violación del derecho a la educación inclusiva y a la igualdad

La Sala reiteró y reafirmó que los niños, niñas y adolescentes con diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista que se encuentren en situación de discapacidad son titulares del derecho fundamental a la educación *inclusiva*. Este derecho garantiza que las personas en situación de discapacidad sean educadas en todos los niveles bajo un modelo de educación que les permita vincularse y desarrollarse plenamente en establecimientos educativos regulares en condiciones de igualdad real y sustantiva con el resto de los alumnos. De acuerdo con la ley y la jurisprudencia constitucional, el modelo de educación inclusiva busca reivindicar el valor de la diferencia en los procesos de aprendizaje a través de un sistema en el que concurren en el aula estudiantes con capacidades diversas para aprender y acceder al conocimiento. Este modelo reconoce, valora y responde de manera pertinente a la diversidad de características, intereses, posibilidades y expectativas de los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos y tiene como finalidad promover el desarrollo, aprendizaje y participación de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad con pares de su misma edad, en un ambiente de aprendizaje común, sin discriminación, exclusión o segregación alguna.

La Sala Plena resaltó que, conforme a Ley 1618 de 2013, los decretos 1075 de 2015 y 1421 de 2017 y la jurisprudencia constitucional, los docentes de apoyo pedagógico personalizado en el aula son ajustes razonables que buscan garantizar el derecho a la educación inclusiva de los alumnos en condición de discapacidad. Asimismo, enfatizó que, conforme a la jurisprudencia constitucional, estos apoyos constituyen un servicio o prestación de educación, porque tienen como propósito atender una necesidad educativa propia del proceso de educación inclusiva. Asimismo, se diferencian de las “terapias sombra” o los asistentes personales en ambiente *natural*, en tanto estos últimos son permanentes -no se restringen

al entorno escolar- y tienen una finalidad prevalente de habilitación y rehabilitación en salud.

La Sala Plena resaltó, sin embargo, que no existían reglas concretas en la ley y la jurisprudencia que determinaran el responsable de la financiación del costo de los docentes de apoyos personalizados en aula que los niños con diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista matriculados en instituciones de educación privada requirieran. Con todo, señaló que el Decreto 1421 de 2017 establece que, conforme al principio de corresponsabilidad, la familia, el Estado y las instituciones educativas deben concurrir en la adopción e implementación de los ajustes razonables que el alumno en situación de discapacidad requiera.

Con fundamento en tales consideraciones, la Sala unificó jurisprudencia en relación con los responsables de la financiación de los docentes de apoyo personalizado en aula para estudiantes con Trastorno del Espectro Autista o en situación de discapacidad matriculados en colegios privados. Al respecto, la Sala Plena resaltó que:

1. Los docentes de apoyo personalizado en aula son, en abstracto, un ajuste razonable. Por lo tanto, las instituciones de educación privada tienen la obligación de asignar un docente de apoyo personalizado en aula a los Niños, Niñas y Adolescentes con Trastorno del Espectro Autista cuando en el marco de la elaboración y diseño del Plan Individualizado de Ajustes Razonables, o conforme a un concepto técnico, se constate que el menor lo requiere para garantizar su desarrollo educativo pleno. La Sala resaltó, sin embargo, que la asignación de estos docentes de apoyo *personalizado* debe ser excepcional puesto que, en principio, es más eficiente y conveniente para la autonomía e independencia del estudiante, así como para el fortalecimiento de los procesos de inclusión y prevenir la exclusión, que un mismo docente de apoyo pueda atender a muchos alumnos, con o sin discapacidad.
2. La familia es la principal responsable de asumir los costos de los docentes de apoyo personalizado en aula, siempre y cuando cuente con la capacidad económica para hacerlo y esto no constituya una carga desproporcionada. La responsabilidad de la familia en la asunción de los costos de los docentes de apoyo personalizado en aula se deriva del principio de solidaridad familiar, del principio de corresponsabilidad en la garantía del derecho a la educación inclusiva y de la decisión libre y voluntaria de matricular al niño en una institución educativa privada.

3. La institución educativa privada y las familias vinculadas al colegio mediante un contrato educativo, o todo aquel que se responsabilice de sufragar la matrícula de los demás estudiantes, deben contribuir a la financiación de los costos del docente de apoyo personalizado en aula en aquellos eventos en los que la familia del estudiante con Trastorno del Espectro Autista no cuente con la capacidad económica para hacerlo. Lo anterior, por cuatro razones: (i) la educación inclusiva es un derecho de todos los estudiantes, no sólo del niño, niña o adolescente con Trastorno del Espectro Autista, que beneficia a toda la comunidad educativa y contribuye a la construcción de una sociedad genuinamente igualitaria, inclusiva y participativa; (ii) el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha indicado que el costo de los ajustes razonables no debe constituir un obstáculo para la garantía de la educación inclusiva; (iii) los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal; y (iv) el Art. 2.3.3.5.2.2.3. del Decreto 1421 de 2017 obliga expresamente a las instituciones de educación privada a garantizar la accesibilidad, “los recursos” y los ajustes razonables para atender a los estudiantes en situación de discapacidad.

Con fundamento en estas reglas, la Sala concluyó que la Secretaría de Educación Municipal y las instituciones educativas privadas en las que el niño JJCG había estudiado vulneraron su derecho fundamental a la educación inclusiva. En criterio de la Sala Plena, la Secretaría desconoció que los docentes de apoyo pedagógico personalizada en aula para los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, tales como aquellos que han sido diagnosticados con Trastorno del Espectro Autista, constituyen ajustes razonables, no prestaciones o servicios de salud. Además, no brindó información a la familia del menor sobre la oferta de educación inclusiva en el Municipio.

Por otro lado, la Corte consideró que los colegios en los que el niño JJCG ha estado matriculado desconocieron que los docentes de apoyo personalizado en aula constituyen ajustes razonables que, conforme al Decreto 1421 de 2017, deben ser implementados por las instituciones de educación, tanto públicas como privadas, sin perjuicio de que sea necesario acordar con los padres la financiación del servicio. Asimismo, ignoraron que, en aquellos casos en los que los padres de un niño con Trastorno del Espectro Autista no cuentan con los recursos para asumir el costo del docente de apoyo personalizado, la institución educativa privada debe buscar alternativas de financiación compartida, bien sea directamente o mediante el incremento de las matrículas o pensiones de otros estudiantes. En este caso, sin embargo, las instituciones de educación

privada se limitaron a solicitar a los padres proporcionar el docente de apoyo pedagógico y no brindaron ninguna alternativa de financiación. Lo anterior, con fundamento en que (i) este servicio debía ser brindado por la EPS o, en cualquier caso, que (ii) su implementación debía ser gestionada, contratada y financiada por la familia y el Estado exclusivamente, lo cual contraría la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional.

Por último, la Sala reconoció que en virtud del principio de recuperación de costos previsto en la Ley 115 de 1994, las instituciones de educación privada tienen derecho a recuperar, por lo menos parcialmente, los costos del docente de apoyo personalizado que un estudiante requiera y que no pueda ser cubierto por su familia o red de apoyo. Sin embargo, advirtió que la forma en la que las instituciones de educación privada pueden recuperar ese costo no está regulada, lo cual podía obstaculizar la implementación de estos ajustes o, incluso, conducir a la segregación de esta población. En este sentido, con el propósito de garantizar los intereses de las instituciones de educación privada y, al mismo tiempo, promover el fortalecimiento de la educación inclusiva, resolvió (i) exhortar el Ministerio de Educación Nacional a que, en ejercicio de la competencia prevista en el último inciso del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 y, con fundamento en su obligación de garantizar los procesos de inclusión educativa, regule los mecanismos de financiación de los ajustes razonables personalizados en las instituciones de educación privadas, que los estudiantes en situación de discapacidad requieran para el pleno goce y ejercicio del derecho fundamental a la educación inclusiva y (ii) exhortar el Gobierno nacional a que, en el marco de sus competencias, diseñe y adopte medidas o incentivos tributarios, económicos o de cualquier naturaleza que promuevan la implementación de estrategias para fortalecer la educación inclusiva en instituciones de educación privada.

4. Reservas de aclaración de voto

Los magistrados **JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ**, **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**, **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**, **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**, así como la magistrada **NATALIA ÁNGEL CABO**, reservaron la posibilidad de aclarar su voto.



DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

Corte Constitucional de Colombia