

Sentencia T-179/00

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Protección real de derechos fundamentales

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contenido

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Integralidad

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Guía de atención integral

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Cobertura a beneficiarios menores de edad

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Procedencia de tutela para tratamiento integral de beneficiario

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Trabajadores dependientes y beneficiarios

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD DEL NIÑO-Atención dentro del POS y determinación de tratamiento corresponde al médico tratante

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA Y JUSTICIA-Responsabilidad en determinaciones sobre valoración del tratamiento y rehabilitación a desarrollar

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

JUEZ CONSTITUCIONAL-No sustituye criterios y conocimientos del médico/JUEZ CONSTITUCIONAL-No puede valorar un tratamiento

La actuación del Juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el

juez no puede valorar un tratamiento.

DISCAPACITADO-Atención especializada

DERECHOS DEL NIÑO IMPEDIDO-Cuidados especiales

NIÑO DISCAPACITADO-Trato muy especial

NIÑO DISCAPACITADO-Mandato de optimización al apuntar al máximo desarrollo de la personalidad

CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA-Centro de atención del Estado/NIÑO DISCAPACITADO-Protección en salud

En el constitucionalismo humanista, el hombre es el centro de la atención del Estado. Si ese ser humano es además un niño discapacitado, con mayor razón debe ser protegido. Esa protección, en materia de salud le corresponde no solo al Estado sino también a la familia y a la sociedad. La atención a un niño discapacitado incluye la atención casera de los padres, hacia la permanente colaboración en el tratamiento de la enfermedad de sus hijos. Pero no siempre a eso se puede reducir la atención. Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse. Y todos ellos: familia, Estado y sociedad deben otorgar lo que más puedan a favor del niño discapacitado.

NIÑO DISCAPACITADO-Deber de los padres en el sostenimiento

NIÑO DISCAPACITADO-Síndrome de dawn

NIÑO DISCAPACITADO-Servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación/DERECHO A LA VIDA DIGNA DEL NIÑO DISCAPACITADO-Enfermedad que no ofrece perspectiva de derrota de dolencia

A los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De

todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno).

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Gestión y eficacia

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Humanización del tratamiento y sistema organizativo que lo desarrolle hasta el máximo punto posible

GASTO PUBLICO SOCIAL-Prioridad

DERECHO A LA SALUD-Progresividad presupuestal para efectividad/DERECHOS DEL MINUSVALIDO-Progresividad presupuestal para efectividad

DERECHO A LA EFICACIA EN PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Atención adecuada y humana al usuario y exigencia de EPS pago oportuno de aportes

SEGURO SOCIAL-Necesidad de recaudar aportes para prestación correcta del servicio

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de prestación del servicio de salud

ACCION DE TUTELA CONTRA EL SEGURO SOCIAL-Promedio en presentación requiere soluciones urgentes

FALLO DE TUTELA-Efectividad real/FALLO DE TUTELA-Precisión máxima posible

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Juez de primera instancia

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Protección

PEDAGOGIA CONSTITUCIONAL-Promoción de derechos humanos

PEDAGOGIA CONSTITUCIONAL-No es un castigo es una necesidad/PEDAGOGIA

CONSTITUCIONAL AL SEGURO SOCIAL-Pautas para cesación de estado de cosas inconstitucional

La pedagogía constitucional no es un castigo, es una obligación darla y recibirla. Y si los hechos demuestran que una Institución ocupa el primer lugar como violadora de los derechos fundamentales, está trastocando la esencia del derecho a la seguridad social, queda la impresión de que los funcionarios desconocen los principios y las normas que se refieren a los derechos fundamentales, luego la pedagogía constitucional se torna en una necesidad. La Corte Constitucional ha detectado que contra el ISS hay permanente y masiva presentación de tutelas luego la solución no se puede limitar a la protección de los solicitantes, sino que debe también orientarse a señalar pautas para que cese ese estado de cosas inconstitucional y un mecanismo para lograrlo es la pedagogía constitucional.

NIÑO DISCAPACITADO MULTIIMPEDIDO-Prestación de mejor asistencia integral y especializada

NIÑO DISCAPACITADO CON ENFERMEDAD INCURABLE-Prestación de mejor asistencia integral y especializada

CENTRO DE LIMITADOS VISUALES Y AUDITIVOS-Mejoramiento de calidad de vida de menores discapacitados con enfermedades incurables

SEGURO SOCIAL-Finalización de contrato de asistencia médica a menores discapacitados con enfermedades incurables

FALLO DE TUTELA-Contundencia

NIÑO DISCAPACITADO-Médicos y paramédicos determinan tratamiento y rehabilitación

NIÑO DISCAPACITADO-Tratamiento y rehabilitación en el futuro

CUMPLIMIENTO FALLO DE TUTELA E INCIDENTE DE DESACATO-Responsabilidad objetiva y subjetiva

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR-Progresividad presupuestal

INSPECCION JUDICIAL EN EL SEGURO SOCIAL-Búsqueda de la verdad real

LLAMADO A PREVENCIÓN A LA ALCALDÍA MAYOR-Progresividad presupuestal respecto de discapacitados

Referencia: expediente T-261276

Accionante: David Leonardo Gutiérrez Soto y otros.

Tribunal de origen: Tribunal Superior, Sala Civil, Santafé de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) febrero de dos mil (2.000).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el primero de octubre de 1999, dentro de la acción de tutela instaurada por el Personero de Santafé de Bogotá D. C. contra el Instituto de Seguros Sociales- EPS y el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital.

ANTECEDENTES

1. Las madres están afiliadas al Seguro Social, (afiliación vigente) institución que venía atendiendo a los menores, quienes habían logrado algunos adelantos y cierta mejoría por la terapia que se les venía dando, lo cual repercutía en su autoayuda.

1. El ISS había contratado la atención de los niños con el Centro para limitados visuales y auditivos, que según se dice es una entidad idónea para el tratamiento terapéutico de los niños, con equipo multidisciplinario que se había encargado de los cinco niños. En la evaluación previa que se le hizo a dicho Centro, la calificación fue del 97%. Ese contrato se sustentaba en un Convenio de servicios de salud, por la modalidad de adscripción N° 7152, entre el ISS, Seccional Cundinamarca y la asociación Centro para limitados visuales y auditivos, que tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 1997, prorrogable sucesivamente por el término de un año.

1. Dentro de ese tratamiento (terapéutico, físico y educacional) a cada uno de los cinco niños que instauraron la tutela se les hizo un programa individual especializado pero integral, se vió en cual punto estaba el nivel motor y se hicieron terapias para lograr más independencia aunque no la curación total.

1. No hubo problema alguno hasta cuando el Seguro Social canceló el contrato que había suscrito con el mencionado Centro y por lo tanto cesó la atención para los menores enfermos. Según se informa, fue directamente la Presidencia del Seguro Social quien ordenó que a partir del 28 de febrero de 1999 se iniciaran nuevos procesos de contratación. Pero, solo hasta el 26 de abril de 1999, la Gerente del ISS EPS, Seccional Cundinamarca y Distrito Capital, le comunicó a la Gerente del Centro para limitados visuales y auditivos que debido a la situación financiera del ISS "es difícil ampliar nuestra red de servicios de salud, lo que significa que en esta primera fase el ISS no podrá contratar con la Institución que usted dirige". Adicionalmente, el Jefe del Departamento de contratación agregó que "El Seguro Social venía asumiendo una serie de servicios que no le corresponden como EPS del régimen contributivo y actualmente por su estado financiero se debe circunscribir a prestar el Plan Obligatorio de Salud...". Fue así como los cinco niños discapacitados quedaron desatendidos por el Seguro Social.

1. Dicen las madres que sus familias son de escasos recursos, que continuar con el

tratamiento de manera particular es costoso y que al no atender el ISS a sus hijos discapacitados, éstos se ven afectados gravemente y por eso acudieron a la Personería Distrital para que interpusiera la tutela. Y que el nuevo tratamiento (a raíz de la sentencia de tutela en primera instancia) no es adecuado, puesto que se concentraba en el plan casero. Ese nuevo tratamiento responde a un contrato de prestación de servicios celebrado entre la Gerencia EPS del I. S. S. y el Gimnasio Federico Froebel Ltda., el 23 de diciembre de 1999 adicionado el 25 de enero del 2000, cuando se pactó inicialmente la duración se estableció hasta el 28 de febrero del 2000 (es decir 2 meses) y se señaló la cantidad de 20'330.000,00 como valor de dicho contrato.

1. La suspensión del tratamiento a dichos menores se consideró por la Personería de Santafé de Bogotá como violatoria de los artículos 9, 13, 44, 47, 48, 68, 93 y 94 de la C.P., de la Declaración de los derechos de los impedidos, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975, de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, también de la Asamblea General de las Naciones Unidas (17 de diciembre de 1991); por las normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1993); por el Programa de acción mundial para impedidos (Naciones Unidas, 3 de diciembre de 1982); por la Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas integrales para las personas con discapacidad en el área iberoamericana (Conferencia de 17-30 de octubre de 1992). Por todas estas razones se instauró la tutela el 23 de septiembre de 1999.

1. Según el Personero, el tratamiento que recibían los infantes y que se les suprimió, consistía en actividades necesarias para la salud, como es la fisioterapia indispensable para previsión, rehabilitación e integración. Igualmente se dice que no se trata de un problema educativo, sino de un tratamiento.

1. En la solicitud de tutela también se dice que el Seguro Social no es el único responsable,

sino que el Estado también tiene la obligación de “adoptar todos los planes necesarios para tratar a nivel de salud y educacional a los discapacitados sensoriales y multipleimpedidos” y que como el Distrito Capital ha dejado de lado tal política, su omisión también contribuye a la violación de los derechos fundamentales de los niños a cuyo nombre la tutela se interpone. Se agrega que es responsabilidad del DABS atender a los menores discapacitados.

1. Se pide que se ordene al Seguro Social prestarle a los citados menores los servicios específicos de rehabilitación y al Departamento Administrativo de Bienestar social que implemente un programa especializado de atención para dichos discapacitados. La Personería y las madres consideran que se trata de casos muy especiales en los cuales evidentemente las madres apreciaban progreso de los niños cuando estaban en el Centro para limitados visuales y auditivos en lo referente al niño como persona mientras que en la otra Institución que el ISS les señaló últimamente no ha habido resultados, menos cuando lo que ha hecho es implantar un plan casero que no sirve como terapia y que difícilmente las madres captan y son capaces de desarrollar.

1. Los Seguros Sociales dicen que “La Personería tutelante equivocadamente supone que el ISS es sinónimo de salud pública a cargo del Estado”, de ahí concluye que la Personería carece de legitimidad para exigirle algo que según el artículo 162 de la ley 100 de 1993 y el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1991 no les corresponde puesto que, según el ISS, lo que se pide para los cinco niños es “atención educativa y pedagógica” y esto está excluido del POS. A su vez, los interesados en el tratamiento adecuado dicen que el deber del Seguro Social no es recibir los niños por recibirlos sino recibirlos para adecuadamente atenderlos.

1. El Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital informó al Juez constitucional que si bien es cierto tienen programas para atender al niño retardado mental de los estratos 1 y 2, “Es importante resaltar que estos programas no fueron diseñados para menores que aunque padezcan retardo mental sean limitados visuales, auditivos, o parapléjicos...”.

1. Como se aprecia, el ISS y el DABS ponen en tela de juicio sus obligaciones de atender a dichos cinco menores.

1. PRUEBAS

1. Declaraciones rendidas ante la Personería de Santafé de Bogotá por las cinco madres, quienes relatan las enfermedades que padecen sus menores hijos y por lo cual solicitan la tutela.

2. Cuatro hojas clínicas para remisión de pacientes (los menores a cuyo nombre se instaura la tutela).

3. Registros de nacimiento y documentos de identificación de los menores.

4. Resumen de historia clínica de David Gutiérrez, del programa madre canguro.

5. Escanografía a David Gutiérrez Soto.

6. Tac cerebral a David Gutiérrez Soto.

7. Historia clínica de Lucila Infante del departamento materno infantil del Seguro Social.

8. Oficio del ISS pidiendo atención ambulatoria para Laura Paola Caballero.

9. Informe de evolución de Walther Moreno.

10. Informe de evolución de Manuel Saldaña.

11. Copia del convenio de servicios de salud por la modalidad de adscripción N° 7152 entre el ISS y la Asociación Centro para limitados visuales y auditivos.

12. Comunicación dirigida por la Gerente del ISS-EPS, seccional Cundinamarca y D.C., el 26 de abril de 1999, al Centro para limitados visuales y auditivos, diciendo el ISS que no podrá continuar con la mencionada institución.

13. Derecho de petición de los padres de los niños impedidos, pidiendo la renovación del contrato con el Centro para limitados visuales y auditivos, presentada en el ISS el 21 de mayo de 1999.

14. Respuesta a la anterior petición diciéndole que están en libertad de buscar otra EPS.

2.15. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

Dentro de la tramitación en la Corte se evacuaron pruebas que se enumeran a continuación para luego insertar algunas apreciaciones recibidas durante las inspecciones judiciales practicadas en al Personería, en el DABS y en el ISS.

Estas son las pruebas recogidas por la Corte:

- a. Documento que indica qué es el DABS,
- b. Plan de acción del Distrito Capital para desarrollar entre el año 1998 y el año 2001,
- c. Proyectos del DABS y su misión,
- d. Resumen médico sobre el caso del niño Cadena Infante,
- e. Trámite de un incidente de desacato contra el ISS que no prosperó,
- f. Planes caseros del Instituto Federico Froebel (el que últimamente el ISS contrató), entregaron fotocopia,
- g. copia del contrato de prestación de servicios de salud con la sociedad Federico Froebel y su prórroga hasta el 28 de febrero del año 2000,
- h. listado de autorización de servicios médicos para diciembre de 1999 y enero del 2000,
- i. Informe de evaluación hecho en el Federico Froebel a Juan Cadena, Manuel Saldaña, Laura Caballero.
- j. comunicación de la gerente nacional de contratación de los servicios de salud a la

dirección general de la Fundación centro de educación especial Fray Martín,

k. Comunicación de la gerente de la clínica del niño sobre criterios de evaluación,

l. evaluación a los niños de la tutela,

m. comunicación de dos de febrero del año 2000 del representante legal del Froebel sobre comportamiento de los menores y de sus padres frente a la institución,

n. comunicación de la gerente de la EPS sobre criterios en el proceso de evaluación,

o. contrato entre el Seguro y el Centro para limitados visuales y auditivos,

p. convenio por la modalidad 7152,

q. evaluación del 21 de febrero de 1997 el Centro para limitados visuales y auditivos, con una calificación del 97%.

En la diligencia practicada en la Personería del Distrito, con la presencia de los funcionarios de la Personería, de los niños discapacitados y sus madres, del padre de uno de ellos y de la persona que dirigía la terapia que el ISS canceló, se recogió la siguiente información:

“a. que la salud de los niños puede mejorar por terapia, pues el cuadro complejo de los niños requiere atención especializada. b. No se puede curarlos totalmente, pues lo que se busca especialmente es un proceso de independencia de los niños para que le puedan responder a los padres, tengan un manejo propio en el caminar, en la alimentación, en el vestido y en la comunicación, de tal forma que sean capaces de entenderse con su entorno. c. que en la mayoría de los casos si hubiere habido un programa en el momento adecuado los logros serían mayores. d. Actualmente estos cinco niños requieren de un tratamiento muy complejo, es así como en el centro donde estaban siendo atendidos contaban en las horas de la mañana con cinco profesionales de la salud; fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, fonoaudióloga, psicóloga educadora especial y tiflogía (es la persona encargada de trabajar ceguera y baja visión). e. En otros institutos que hay en la capital ni siquiera puede evaluar a estos cinco niños, por eso el tratamiento se limita a hacerles un plan casero, que consiste en unas indicaciones para trabajo en casa. f. Lo que requieren los niños para su desarrollo son programas individuales, especializados e integrales para elevar su nivel motor, perceptual,

cognitivo, de comunicación, logrando una mayor independencia y enfrentar así la situación precaria, actual de estos cinco niños, ... Se informó que los pedacitos dañados en el cerebro de los niños se debieron a problemas virales (rubeola en las madres en el momento del embarazo) falta de oxígeno en el cerebro o preclancia severa. De todas maneras, se informa que todas estas situaciones se pueden evitar en el momento oportuno. g. La pretensión de los menores no es obtener una solución a problemas educativos sino de tratamiento de su salud, pues no sólo los niños no pueden llegar a la educación normal sino que necesitan de adecuados y oportunos tratamientos especializados. Así mismo, la fisioterapia es indispensable para que el niño aprenda a caminar, la terapia de lenguaje es importante para que los menores aprendan a comunicarse, a comer y en general a ser mas independientes. "

En la inspección judicial en el Departamento Administrativo de Bienestar Social, quien atendió la diligencia dio una información sobre los proyectos que en el DABS existen para la atención de los discapacitados mentales menores de 18 años cronológicos (la atención es únicamente para niños con retardo mental y autismo, pero no para quienes tienen problemas sensoriales y físicos), conocido este programa como "proyecto de atención al niño con discapacidad mental", para lo cual tiene destinado un presupuesto anual de \$1.800.000.000, y que en cuanto a la cobertura que el proyecto permite está totalmente copada en razón a que ya están los 110 niños en el plan de internado, los 220 en el plan de externado de "CETELA" y en los centros satélites 864. Dijo además, la funcionaria, que las modalidades del proyecto son internado y externado. El primero referido a la atención de niños abandonados o con familia que no puede cumplir con sus funciones, pero no quiere decir que el programa auspicie abandono, porque el objeto no es suplir a la familia. La unidad destinada al internado es el centro de atención básica e integral RENACER que cubre las necesidades básicas (a los niños allí asistentes se los llama hijos del departamento). En los casos de retardo mental profundo, RENACER hace lo que puede denominarse como "el mantenimiento de los niños", esto es, el cuidado y atención básica del menor, pues no se brindan terapias o rehabilitación, porque se considera que las enfermedades no son curables. En cuanto al retardo mental severo, también tratado por RENACER, el objetivo es enseñarles a autocuidarse. En esta modalidad excepcionalmente puede haber niños en programa "externos", es decir niños que se atienden de lunes a viernes o en períodos diurnos y el resto

de tiempo están con su familia. La otra modalidad del programa es el “externado”, que brinda necesidades básicas de educación, salud, por el sistema del SISBEN y habilitación integral, dirigidos a estratos 1 y 2. Las unidades encargadas de esta modalidad son el centro de educación básica especial, el centro de educación técnica especial, y 14 centros satélites ubicados en las diferentes zonas de Bogotá. También se informó que los niños con retardo profundo y severo son pocos y opina la funcionaria “que en estos casos son importantes los planes caseros, asistidos por profesionales idóneos”. Igualmente, afirmó que los niños con retardo mental severo deben gozar de cuidado no de habilitación, pues es muy difícil que se habiliten. Así mismo, a su juicio, las terapias ocupacionales y fisioterapias para los niños con retardo mental severo hacen parte de la atención básica en salud y no constituyen formas de habilitación.

Dentro de la inspección judicial en el Seguro Social se informó que los menores a cuyo favor se interpuso la acción de tutela fueron evaluados por la clínica del niño, que es una IPS de esa institución, en apoyo de un grupo interdisciplinario. En esa evaluación se llegó a la conclusión de que los menores con retardo mental severo deben tener terapias con sus respectivas familias, por cuanto los cuadros médicos de los niños no demuestran un grado de rehabilitación importante, pues ellos básicamente deben lograr el autocuidado. Por ello, se recomendó un plan casero con un control trimestral por el departamento de calidad del seguro social a la institución contratada y en los hogares de los menores. El seguro social también informó que en la actualidad tiene contrato de prestación de servicios vigente con algunas instituciones que brindan atención a los menores con discapacidad mental, pero ninguna de ellas atiende problemas de multiimpedimentos, e incluso no tienen contrato con ninguna institución que atienda específicamente a niños ciegos o a niños sordomudos, pero si tienen estos servicios para los adultos (5), en centros de rehabilitación; para niños que tienen limitaciones sensoriales se tienen contratadas instituciones como el Instituto Colombiano de la audición y el lenguaje. La entidad accionada agregó que la contratación de prestación de servicios en salud, por parte del seguro social, se realiza por períodos cortos, pues la irrigación presupuestal llega a las seccionales cada mes o dos meses. De otra parte, el seguro social informó que todas las entidades de prestación de servicios que contratan con esa entidad están sometidas al control del departamento de evaluación de calidad, el cual se traduce en un análisis de las condiciones técnicas del servicio.

Dentro de la diligencia se consideró necesario recepcionar la declaración de quien

precisamente había atendido a los menores antes de la acción de tutela, por cuenta del Seguro Social, la doctora Ximena Serpa, y del médico del Seguro que puede informar sobre la atención que actualmente se les está dando. La doctora Serpa dijo:

“En relación con los cinco niños, ellos fueron remitidos por el Seguro Social, solicitando las terapias en mención y se les hizo un programa integral, individual y especializado, según lo que la evaluación inicial determine, en un horario de 7:30 a 11:30 de la mañana. En el multiimpedimento estamos hablando de un niño con una combinación de problemas sensoriales, motores, conductuales, que llevan a dificultades en la adquisición de aprendizaje. Dependiendo de las necesidades de cada uno de los niños, los profesionales les prestan el servicio diariamente, de lunes a viernes”.

El doctor Alvaro Vélez, Jefe de contratación de servicios de salud en el Seguro Social, Seccional Cundinamarca-Bogotá, explicó la actual atención a los niños de la siguiente manera:

“El 28 de febrero de 1999, por instrucciones de la Presidencia del Seguro Social y a su vez, por intermedio de la Vicepresidencia de la EPS, se dio la directriz a las gerencias seccionales para que a partir del primero de marzo se iniciara un nuevo proceso de contratación, en el cual se buscaba fortalecer la prestación de servicios en la red propia del Seguro Social y solamente se iba a organizar un plan de contratación para oferta de servicios que no tuviera el seguro social directamente y teniendo como prioridad la atención de pacientes pediátrica y ginecostétrica, atención de unidad de cuidado intensivo, adultos y neonatal, programas de rehabilitación a usuarios que fueran evaluados previamente por un equipo interdisciplinario de la clínica el niño y que ameritaban algún grado de evolución que permitiera justificar la contratación con entidades especializadas en el manejo de estos usuarios.” Al ser preguntado sobre cómo calificaría médicamente el tratamiento que se le venía dando a los cinco niños que instauraron la tutela, respondió: “Considero que el paciente multiimpedido amerita estar dentro de un programa de atención integral, el cual debe ser evaluado periódicamente, por lo tanto, la gerencia de la EPS solicitó a la clínica del niño que conformara un equipo interdisciplinario para evaluar en forma personalizada y en forma cíclica el estado actual de cada uno de los usuarios y a su vez que se pudiera conceptualizar cuál debería ser el manejo o el plan adecuado que permitiera generar algún grado de evolución individual”.

Sobre evaluaciones aparece que el Seguro Social pronosticó que Andrés Camilo Naranjo es “parcialmente entrenable, no educable”. Y el Instituto Froebel indicó para Laura Caballero cinco recomendaciones (una de ellas, no la única: plan casero), para Manuel Saldaña cuatro recomendaciones (la última: plan casero) y para Juan Camilo Cadena tres recomendaciones (entre ellas plan casero).

La Academia Nacional de Medicina, en concepto pedido por la Corte, indicó que “la fisioterapia es una parte de la medicina de rehabilitación, que corresponde a las acciones sobre el aparato locomotor (músculos, huesos y articulaciones) y se indica por lo mismo cuando los problemas afectan específicamente a estas estructuras.”, agregó que los casos de los niños son notoriamente distintos unos de otros, que el tratamiento rehabilitador suele ser muy escaso y concluyó: “El niño David Leonardo Gutiérrez Soto probablemente requiere de fisioterapia como parte de su atención de rehabilitación.

Los niños Juan Camilo Cadena Infante, Walter Alfredo Moreno Quimbayo, Laura Paola Caballero Blanco y Manuel Ernesto Saldaña Sanabría, probablemente no requieren fisioterapia, y en cambio pueden necesitar otras terapias, de acuerdo con sus médicos tratantes.”

1. SENTENCIA OBJETO DE REVISION

El 1° de octubre de 1999, la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá tuteló los derechos a la salud, la seguridad social y la educación de los menores DAVID LEONARDO GUTIERREZ SOTO, JUAN CAMILO CADENA INFANTE, WALTER ALFREDO MORENO QUIMBAYO, LAURA PAOLA CABALLERO BLANCO y MANUEL ERNESTO SALDAÑA SANABRIA; le ordenó al ISS “prestar directamente la asistencia que requieran los menores mencionados y, en su defecto, la contrate con la institución o entidad que los suministre”. Negó la tutela propuesta contra el Distrito Capital - Departamento Administrativo de Bienestar Social - relacionado con la orden de implementar un programa especializado.

El Instituto de los Seguros Sociales consideró que había cumplido con la orden de tutela adscribiendo los cinco menores a una entidad que centró su atención en un plan casero y, como la Personería apreció que ello no significaba el obediencia al fallo, instauró un

incidente de desacato que no prosperó.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. COMPETENCIA

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso hecho por la Sala de Selección.

A. TEMAS JURIDICOS FRENTE AL CASO CONCRETO

1. Legitimación del Personero para instaurar acción de tutela.

La Constitución Política, la ley y las resoluciones de la Defensoría del Pueblo, permiten que los personeros municipales, presenten acciones de tutela de conformidad con su misión de guarda y promoción de los derechos fundamentales. Por consiguiente, si se percatan de la amenaza o violación de los derechos fundamentales de una persona, pueden ejercer la acción de tutela en nombre de quien se lo solicite, o cuando ésta se encuentre en estado de subordinación o indefensión, tal y como se ha consagrado en el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991.

2. La seguridad social en salud, especialmente en cuanto a la integridad

En un Estado Social de Derecho la protección de los derechos fundamentales debe ser real y precisamente la garantía de la tutela apunta hacia tal finalidad. Dentro de esos derechos fundamentales están el derecho a la vida, a la dignidad de la persona, los cuales están íntimamente ligados al derecho a la salud y por ende a la seguridad social.

La seguridad social en salud en Colombia tiene como principio el de la “integridad” como se desprende del siguiente análisis normativo:

El plan obligatorio de salud es para todos los habitantes del territorio nacional para la

protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías (artículo 162 ley 100 de 1993). Además, hay guía de atención integral, definida por el artículo 4° numeral 4 del decreto 1938 de 1994: “Es el conjunto de actividades y procedimientos mas indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad; en la que se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial de éstos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada; y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a un costo financiable por el sistema de seguridad social y por los afiliados al mismo”. Por otro aspecto, el sistema esta diseñado, según el Preámbulo de la ley 100 de 1993, para asegurar a la calidad de vida para la cobertura integral, de ahí que dentro de los principios que infunden el sistema de seguridad social integral, está, valga la redundancia, el de la integralidad, definido así: “Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por la ley”(artículo 2° de la ley 100 de 1993). Es más: el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. A su vez, el literal c- del artículo 156 ibídem expresa que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud” (resaltado fuera de texto). Hay pues, en la ley 100 de 1993 y en los decretos que la reglamentan, mención expresa a la cobertura integral, a la atención básica, a la integralidad, a la protección integral, a la guía de atención integral y al plan integral. Atención integral, que se refiere a la rehabilitación y tratamiento, como las normas lo indican.

2. Cobertura del sistema a los beneficiarios menores de edad

Dentro del sistema de seguridad social en salud existen Entidades Promotoras de Salud -EPS- y se entiende que ellas responden por lo que el propio Estado haya establecido que se debe cubrir. Una vez afiliado al sistema una persona, se tiene derecho a la cobertura que éste da, no solo para el afiliado sino para sus beneficiarios dentro de los cuales se encuentran, entre otros, los hijos menores.

Tratándose de los menores, el artículo 44 de la C. P. expresamente señala como uno de los derechos fundamentales de los niños el derecho a la salud y la seguridad social, luego si son beneficiarios del sistema, se puede reclamar mediante tutela el tratamiento correspondiente en su integridad. En conclusión, es particularmente reforzada la protección constitucional al menor cuya salud sea afectada.

3. El derecho a la seguridad social en salud, de los trabajadores dependientes y sus beneficiarios.

El artículo 49 de la Constitución Política garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Según la jurisprudencia el derecho a la salud es tutelable en su condición de derecho derivado del derecho a la vida (T-271/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Y el artículo 48 de la C. P. sentó las bases al establecer que se garantiza a todos los habitantes de la república el derecho irrenunciable a la seguridad social.

La Corte Constitucional reforzó su posición original sobre la protección del derecho a la salud (en conexión con el derecho a la vida) en la SU-562/99 y dijo que si el artículo 53 de la C. P. establece la garantía a la seguridad social, “significa lo anterior que específicamente los trabajadores dependientes tienen derecho a la seguridad social en salud y por consiguiente gozan de la protección tutelar con características inconfundibles”.²

4. La continuidad en el servicio de salud

Sobre este tema de la continuidad en la prestación del servicio de salud, la citada sentencia SU-562/99 precisó:

Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P.

presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.”

1. Quién valora la prestación del servicio y su continuación?

Si un menor de edad es beneficiario, en su calidad de hijo, de un trabajador subordinado, y tiene derecho a la atención integral de salud, y ésta se le principia a prestar, tiene derecho a la continuidad del servicio, siempre y cuando no aparezca razón constitucional válida para suspenderlo o que el médico tratante lo determine. En efecto: los artículos: 162 de la Ley 100 de 1993 y 11 del decreto 1938 de 1994 incluyen dentro del plan obligatorio de salud el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad. Por consiguiente todo aquello que apunte en tal sentido debe ser atendido dentro del POS. Pero la determinación sobre cuál debe ser el tratamiento o la rehabilitación le corresponde al médico tratante como se indicó en la T-480/97.

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

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

6. La protección al discapacitado debe ser especializada

Si se trata de un menor, y, además, disminuido físico, éste no solamente está protegido por las normas constitucionales antes indicadas sino por el artículo 47 de la C. P. que ordena que esa atención tiene que ser especializada porque, entre otras razones, las personas que se encuentran en esa condición de debilidad manifiesta, son sujeto de la atención adecuada a su situación. Dice la T-339/953

“De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran”. El calificativo de atención cualificada se menciona también en la sentencia T-620/99, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, en el sentido de que constituye una protección especial (inciso 3° del artículo 13 C.P.).

Remitiéndose a la normatividad internacional, la T-620/99 dice sobre el tratamiento especial a los niños:

“De igual manera, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, dispone que “los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales”, los cuales estarán destinadas “a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”. Al mismo tiempo, el numeral e) del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, es contundente cuando determina que “se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”. El artículo 18 de esa misma disposición señala que “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se

comprometen a... c) incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo”

Y, en el mismo fallo aparece como una de las conclusiones la siguiente:

“aparte del tratamiento de favor que debe dispensarse al niño, en cualquier proceso social, en el presente la consideración de disminuido psíquico del menor supone un trato todavía más especial”⁴. (subrayas fuera de texto).

Ese tratamiento muy especial que señalan la Constitución, los Convenios y la jurisprudencia significa en la práctica la búsqueda del mejor tratamiento, y así lo establece el Protocolo de San Salvador, artículo 18, al decir que la atención debe apuntar al “máximo desarrollo de su personalidad”. En otras palabras, es un mandato de optimización.

7. Deberes frente al niño discapacitado y beneficiario del trabajador asalariado

En el constitucionalismo humanista, el hombre es el centro de la atención del Estado. Si ese ser humano es además un niño discapacitado, con mayor razón debe ser protegido. Esa protección, en materia de salud le corresponde no solo al Estado sino también a la familia y a la sociedad.

En la sentencia T-174/94 5 se habla del deber constitucional de los padres en el sostenimiento a sus hijos impedidos. Se indicó que los padres deben constitucionalmente dar la educación y manutención de sus hijos en la minoría de edad y la incapacidad física o mental que impide el autoaporte.⁶

La atención a un niño discapacitado, por consiguiente, incluye la atención casera de los padres, hacia la permanente colaboración en el tratamiento de la enfermedad de sus hijos. Pero no siempre a eso se puede reducir la atención. Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse. Y todos ellos: familia, Estado y sociedad deben otorgar lo que más puedan a favor del niño discapacitado.

Esta Corte Constitucional en el caso de los niños enfermos del síndrome de dawm, indicó que el Instituto de los Seguros Sociales no puede exonerarse de prestar ciertos servicios

asistenciales.

Por consiguiente, a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno).

8. Gestión y eficacia por parte de las EPS

Según los artículos 48 y 209 de la Constitución Política la seguridad social es un servicio público y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Para ello se requiere que haya elementos materiales y funcionales que humanicen el tratamiento, y un sistema organizativo que los desarrolle hasta el máximo punto posible. La eficacia en la prestación del servicio es un derecho positivo de las personas frente al Estado y frente a las EPS y, consecuentemente, es un deber de ellos cumplir adecuadamente con el servicio público a la seguridad social en salud.

Para tal fin, la prioridad del gasto público social es indispensable, de ahí que la jurisprudencia ya se hubiere pronunciado al respecto⁷. Ese gasto público social no se refiere únicamente a la atención individual, sino a los programas del Estado en general. El artículo 366 de la Carta Política dice:

“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”

El Protocolo de San Salvador consagra la progresividad presupuestal para la efectividad del derecho como el de la salud (artículo 10) y los derechos de protección de los minusválidos.

Por otro aspecto, la eficacia también incluye una actividad administrativa que se traduzca, por un lado, en atención adecuada y humana al usuario y por otro aspecto en la exigencia de la EPS del pago oportuno de los aportes. Ya esta Corte Constitucional en la Sentencia SU-562/99 había llamado la atención al Instituto de los Seguros Sociales sobre la necesidad de recaudar los aportes para prestar correctamente el servicio. En la mencionada sentencia se dijo:

“Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia, especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (CP arts. 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (art. 63 del Código Civil).”

Pero a lo anterior no se puede limitar el accionar de las EPS. Su deber principal es prestar el servicio de salud dentro de los términos que la Constitución y las leyes y decretos indiquen. Y por eso causa extrañeza que las personas, masivamente, tengan que acudir a la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, tratándose del servicio de salud que el Seguro Social debe prestar a sus usuarios. En anterior oportunidad (SU-562/99) se puso de presente que en el solo mes de febrero de 1999, contra el SEGURO SOCIAL, reclamándose salud, se presentaron 1706 tutelas en Medellín, 377 en Cali y 389 en Bogotá. Ultimamente, en la Sala de Selección del 17 de enero del 2000, (correspondiente a los expedientes que a la Corte llegaron en cinco días) hubo 294 tutelas contra el SEGURO SOCIAL, exigiéndose la atención en salud, es decir un promedio de 59 tutelas diarias. Esta realidad merece no solamente reflexiones sino soluciones urgentes.

9. Efectividad real de la orden de tutela

Un fallo de tutela debe ser lo mas preciso posible en las órdenes que pronuncie. Una vez proferida la sentencia el juez de primera instancia no pierde la competencia para hacer cumplir lo ordenado (lo cual no se puede confundir con los incidentes de desacato).

El proteger los fallos de tutela tiene su respaldo en el literal c) del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a los Estados Partes a “garantizar el

cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (de amparo o tutela)”.

10. La pedagogía constitucional

El artículo 41 de la Carta Política establece:

“En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución”.

La pedagogía constitucional es muy necesaria para lograr una sociedad democrática, pluralista y humanista.

En la sentencia T-227 de 1997 se dijo:

“Partiendo de una consideración elemental: que la pedagogía no es un castigo, adquiere enorme dimensión el postulado establecido en el artículo 67 de la actual Constitución:

“La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y la democracia”.

Esto se une indisolublemente a la necesaria promoción de los derechos humanos, para que la protección a estos no se quede escrita en las normas. Karel Kasak, en una publicación de la UNESCO (Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”, volumen 2, pág. 310) hace esta cruda advertencia:

“... es evidente que la promoción es el primero e imprescindible estadio que lleve a la protección: si no fuera así, el único resultado de la promoción serían las ‘leyes caídas del cielo’ bien conocidas en América del Sur...”

En otras palabras: no es sólo la norma la que garantiza la protección a los derechos humanos, pues puede haber numerosas leyes que no se cumplan, lo importante es que la protección sea efectiva. Si en el ejercicio de esa protección se impone un cambio de naturaleza para darle también gran realce a la PROMOCION, es permitido para el juzgador

que tramita un amparo tomar decisiones que impulsen la promoción de los derechos humanos, buscándose que no sean estériles las normas que los protegen”.

Lo anterior es proyección del propio artículo 86 de la C.P. que aunque tiene como verbo rector: “proteger”, es una protección que no puede desligarse de la prevención.

La pedagogía constitucional no es un castigo, es una obligación darla y recibirla. Y si los hechos demuestran que una Institución ocupa el primer lugar como violadora de los derechos fundamentales, está trastocando la esencia del derecho a la seguridad social, queda la impresión de que los funcionarios desconocen los principios y las normas que se refieren a los derechos fundamentales, luego la pedagogía constitucional se torna en una necesidad. La Corte Constitucional ha detectado que contra el ISS hay permanente y masiva presentación de tutelas luego la solución no se puede limitar a la protección de los solicitantes, sino que debe también orientarse a señalar pautas para que cese ese estado de cosas inconstitucional y un mecanismo para lograrlo es la pedagogía constitucional. En una tutela anterior, también contra los Seguros Sociales, T-365/99, se dio la orden correspondiente a pedagogía constitucional pero no se cumplió. En dicho fallo se dijo: “La pedagogía constitucional es muy necesaria para lograr una sociedad democrática, pluralista y humanista”.

CASO CONCRETO

Se revisa la sentencia de 1° de octubre de 1999, de la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que tuteló los derechos a la salud, la seguridad social y la educación de los menores DAVID LEONARDO GUTIERREZ SOTO, JUAN CAMILO CADENA INFANTE, WALTER ALFREDO MORENO QUIMBAYO, LAURA PAOLA CABALLERO BLANCO y MANUEL ERNESTO SALDAÑA SANABRIA. Todos ellos han sido catalogados como multiimpedidos.

Analizando las pruebas, se tiene que efectivamente dichos menores son discapacitados, padecen graves enfermedades (reseñadas al principio de este fallo), provenientes casi todas ellas de retardo mental grave, que se considera incurable. Esos niños discapacitados tienen derecho a una atención, en materia de salud, preferente, integral y muy especializada, dándoles el tratamiento adecuado y la rehabilitación posible.

Esos niños son hijos de trabajadores dependientes que cotizan al Seguro social, luego son

beneficiarios y sujetos activos de la seguridad social en salud. Claro que la familia también debe colaborar en los programas que se hacen para el respectivo niño, así se trate de familias pobres, como acontece en el presente caso.

El Seguro social los había venido atendiendo y, en la búsqueda de una institución especializada, contrató con el Centro para limitados visuales y auditivos que, según las madres de los minusválidos, era un tratamiento adecuado que producía los resultados factibles dentro de la gravedad de las enfermedades que tienen los niños. Eran cinco los especialistas que durante unas horas al día los trataban en la búsqueda inmediata de mecanismos de autodefensa para los niños y en la proyección del mejoramiento de la calidad de vida. La terapia que con ellos se hacía nunca fue objetada por el SEGURO SOCIAL como contraproducente o incompleta; era un tratamiento hecho por profesionales tratantes en cuanto su actividad provenía de un contrato hecho precisamente por el Instituto de los Seguros Sociales.

El Seguro social dio por finalizado el contrato aludido, no por evaluación médica a los niños, ni por evaluación hecha al Centro para limitados visuales y auditivos, sino por cuestiones internas ya que la Presidencia de los Seguros sociales determinó que a partir del 28 de febrero de 1999 se cambiaría la forma de contratación administrativa debido, especialmente, a problemas financieros. Es decir, que fueran motivos económicos y no médicos los que motivaron tal determinación y en consecuencia los cinco niños quedaron desprotegidos y se rompió la continuidad del tratamiento.

Adicionalmente los Seguros sociales adujeron, que el tratamiento que se les venía dando a los niños era de carácter pedagógico y que eso no quedaba incluido dentro del POS. Ante el reclamo escrito de alguna de las madres, se le respondió que podían escoger otra EPS, no era esta la forma de contestar a la súplica de una madre, por el contrario es un indicio del trato poco humano que dan algunos funcionarios del Seguro Social.

El argumento de que el tratamiento no está incluido dentro del POS, va en contravía de la referencia que las normas sobre el POS hacen de "tratamiento y rehabilitación", máxime si está de por medio el trato preferencial que se les debe dar a los niños, y del tratamiento especializado que se le debe dar a los discapacitados que además debe ser integral y permanente. Por consiguiente, fue bien otorgada la tutela en cuanto a la reseña de que a los

niños se les violaron derechos fundamentales, porque en el momento en que se instauró la atención se había suspendido.

Esta Sala examinará si fue contundente o no la orden de protección. El juzgador de instancia le ordenó al ISS “prestar directamente la asistencia que requieran los menores mencionados y, en su defecto, la contrate con la institución o entidad que los suministre”.

Ya se dijo que el tratamiento tiene que ser muy especializado e integral y en tal sentido debe modificarse la parte resolutive del fallo de primera instancia, para impedir así que se esquite la solución real al tratamiento de los niños a cuyo nombre se instauró la tutela.

Si ese tratamiento especializado e integral se elude, es natural que el derecho fundamental continúa siendo violado.

Fue a raíz de la sentencia de tutela proferida en el presente caso que los Seguros sociales procedieron a celebrar un contrato nuevo, con el gimnasio de educación especial Federico Froebel que trazó un plan casero para los cinco niños consistente en atención dentro de la familia con controles cada tres meses. Aunque hay prueba (informe del Instituto Froebel) de que la periodicidad era más cercana y que la valoración hecha iba más allá de los planes caseros, de todas maneras la actuación de tal gimnasio finaliza el 28 de febrero del 2000, surge de un contrato efectuado a finales del año 1999 por la cantidad de dinero ya reseñada en este fallo y no es motivo de esta sentencia de revisión examinar si se cometió o no desacato por parte de los Seguros sociales al dar simplemente un plan casero a los niños porque esto corresponde al juez de instancia.

Quien califica el tratamiento que se debe dar y si es óptimo o no el tratamiento que se les dé a estos cinco niños discapacitados?

Ya se dijo que son los médicos y paramédicos del Seguro Social quienes en este caso concreto determinarán tratamiento y rehabilitación. Como, por otro aspecto, la atención que viene dando el instituto Froebel finaliza el 28 de febrero del año 2000, es urgente que el juez constitucional señale de manera precisa cómo se hará una próxima evaluación para que haya elementos de juicio hacia el tratamiento y rehabilitación que en el futuro se prestará a los niños. Tal apreciación se hará individualmente para cada caso concreto, y la harán los médicos y paramédicos que sean especializados en cada una de las enfermedades o

discapacidades de los niños multiimpedidos.

Aquí cabe recordar que hay responsabilidad objetiva respecto del cumplimiento de la orden de tutela y el juez de primera instancia mantiene la competencia para hacerla cumplir con la mayor prontitud y severidad, cuestión muy diferente a la responsabilidad subjetiva para el incidente de desacato. Luego, el juez de instancia no puede archivar un expediente de tutela cuya orden no se haya cumplido cabalmente, así ya previamente hubiere definido un incidente de desacato.

Recuerda esta Corporación la actitud de los Seguros Sociales, reseñada anteriormente y referente al altísimo número de sentencias de tutela que en contra del ISS se han dictado por los jueces de la república, debido a violaciones a la seguridad social en salud en conexión con el derecho a la vida. Tampoco se puede esquivar una reflexión sobre el trato inhumano que a la larga significa este comportamiento por una entidad que precisamente debe hacer todo lo contrario. En la sentencia T-365/99 se había determinado que la Juez 6ª Laboral de Santafé de Bogotá conjuntamente con la Defensoría del Pueblo procediera a desarrollar pedagogía constitucional con los funcionarios del Seguro Social en la Seccional de Cundinamarca-Bogotá. Se determinó concretamente en tal fallo: “Ordenar que la Defensoría del Pueblo dicte un ciclo de conferencias sobre derechos fundamentales a los funcionarios del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, a aquellos funcionarios que tengan que ver con seguridad social en salud y con riesgos profesionales”, se dijo que lo anterior fuera vigilado por el juez de tutela, sin embargo, no hay información de que se hubiere cumplido con tal orden. Se torna cada día mas necesario que se haga, pero se precisa que deberán asistir al ciclo de conferencias los directores, asesores, ejecutivos y profesionales que laboran en la Seccional Cundinamarca y D.C..

Adicionalmente, se considera conveniente que la Procuraduría y la Contraloría tengan conocimiento de la presente sentencia, para los efectos que estimen pertinentes.

Otra de las determinaciones tomadas en el fallo que se revisa es la negativa de la tutela propuesta contra el Distrito Capital - Departamento Administrativo de Bienestar Social - relacionado con la orden de implementar un programa especializado. De la prueba recogida se desprende que el presupuesto destinado a estos efectos está mas que cubierto, luego no queda camino diferente al de hacer un llamado a prevención al Distrito Capital para que

cumpla con la progresividad presupuestal señalada en el Protocolo de San Salvador.

Por último, en cuanto a aspectos procesales, ya se indicó que el Personero podía instaurar la tutela, era su obligación hacerlo porque ante su despacho acudieron las cinco madres a pedir que instaurara la tutela. Por otro aspecto, como dentro de la diligencia de inspección judicial practicada por orden de la Corte Constitucional en los Seguros Sociales, un abogado que atendió la diligencia pero que no tenía poder dijo que se había violado el debido proceso por haberse recibido la declaración de la doctora Serpa y anunció que actuaba como agente oficioso ya que es “abogado contratista del seguro social”, y luego, el 16 de febrero del presente año el Gerente del I. S. S. EPS reitera las críticas a la declaración recepcionada, entonces es importante indicar lo siguiente: en primer lugar es de la esencia de la tutela la informalidad y la búsqueda de la verdad real, en segundo lugar, a los funcionarios que practicaron la diligencia se les dieron amplias facultades, en tercer lugar el Seguro Social sólo critica una declaración y no dice nada respecto de la otra declaración (la del funcionario de los Seguros Sociales) que también fue recepcionada en la diligencia, en cuarto lugar en varias diligencias de inspección judicial que se han practicado en los Seguros Sociales se han tomado declaraciones y, lo principal: las declaraciones eran importantes para saber cuál era el tratamiento que se le había dado a los niños a cuyo nombre se instauró la tutela. El mencionado Gerente de la EPS en el escrito aludido del 16 de febrero solicita también lo siguiente:

“1. La recepción del testimonio de la médica psiquiatra infantil, OLGA ALBORNOZ SALAS, vincula al I. S. S. en la Clínica del Niño, ubicada Diagonal 40 N° 48ª-95 de Santafé de Bogotá, con el objeto de ilustrar a esa Ponencia en el campo psiquiátrico y específicamente sobre el alcance y tipo de atención o rehabilitación que requieren los menores a quienes se les tuteló sus derechos fundamentales a cargo del I. S. S..

2. El dictamen pericial con intervención de médico-psiquiatra del Instituto de Medicina Legal, sobre el estado de salud de los menores tutelados y el tratamiento de rehabilitación que requieren, la pertinencia del tratamiento de rehabilitación prestado por el I. S. S. a través del Gimnasio Federíco Froebel con programas del Plan Casero.”

Si en la parte resolutive se va a ordenar que un grupo de médicos y paramédicos del Seguro Social, serán quienes bajo su responsabilidad (en toda la extensión) indicarán el tratamiento

y rehabilitación de los citados cinco niños, no tiene sentido pedirle a Medicina Legal que determine lo que le corresponde a los Seguros Sociales; y es redundante llamar a declarar a una funcionaria de los Seguros Sociales sobre el mismo tema, cuando la Corte Constitucional precisamente determinará que médicos y paramédicos del Seguro Social (dentro de los cuales podría estar dicha profesional) hagan la valoración y tomen las determinaciones respectivas.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia objeto de revisión, en cuanto concedió la tutela a DAVID LEONARDO GUTIERREZ SOTO, JUAN CAMILO CADENA INFANTE, WALTER ALFREDO MORENO QUIMBAYO, LAURA PAOLA CABALLERO BLANCO y MANUEL ERNESTO SALDAÑA SANABRIA, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. Pero MODIFICARLA en cuanto a la orden que se dió y en su lugar se ORDENA a los Seguros Sociales que proceda a prestar la mejor asistencia integral y especializada que requieran los menores mencionados y que sea determinada por el personal de médicos especialistas y paramédicos de dicha institución, en el término de ocho días hábiles a partir de la fecha de este fallo; valoración que se hará según las enfermedades de cada uno de los niños, a fin de que los médicos y paramédicos indiquen los tratamientos y rehabilitación si fuere el caso que se requieran para que los Seguros Sociales cumplan a cabalidad y en la mejor forma lo que dichos profesionales indiquen, con la advertencia de que serán responsables de las mencionadas valoraciones, determinaciones y cumplimiento de éstas.

Segundo. El juzgador de primera instancia hará cumplir permanentemente la orden dada en el punto anterior. Lo anterior, sin perjuicio de eventual incidente de desacato y de las investigaciones que si lo estiman pertinente pudieren hacer la Contraloría y la Procuraduría según se indicó en la parte motiva.

Tercero. Se hace un llamado a prevención a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá para que en el proyecto de presupuesto se tenga en cuenta la progresividad determinada en el

Protocolo de San Salvador, respecto de los discapacitados.

Cuarto. ORDENAR que en el término de treinta días la Defensoría del Pueblo dicte un ciclo de conferencias sobre derechos fundamentales a los funcionarios de los Seguros Sociales, (directores, asesores, ejecutivos y profesionales) Seccional Cundinamarca y D.C., que tengan que ver con seguridad social en salud.

Quinto. No hay lugar a practicar el testimonio y el dictamen pericial pedidos por el Seguro Social, por las razones expresas en la parte motiva.

Sexto. Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. Pero se comunicará a los Seguros Sociales en la forma más rápida posible el contenido de este fallo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Al respecto consultar las sentencias T- 293 de 1994; T-331 de 1997

2 Esta sentencia fue precisamente contra el ISS

3 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

4 Sentencia T-298 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

5 M.P. Alejandro Martínez Caballero

6 Ver T-533/93

7 Sentencia T-049/95, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero,