



Sentencia T-339/19

Referencia: Expediente T-7.024.539

Acción de tutela formulada por María Consuelo Escobar García, actuando como agente oficiosa de su hijo Cristian Felipe Ortiz Escobar, contra el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quién la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las sentencias adoptadas en primera y segunda instancia por los Juzgados Octavo Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Neiva, Huila, respectivamente, en las que se estudió la posible vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas de Cristian

Felipe Ortiz Escobar.

El proceso de la referencia fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, mediante Auto del 29 de octubre de 2018. Como criterio de selección se enunció la *urgencia de proteger un derecho fundamental* (criterio subjetivo)¹.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. La ciudadana María Consuelo Escobar García indicó que su hijo, Cristian Felipe Ortiz Escobar, de 26 años de edad padece “*retraso mental, autismo y amaurosis bilateral*”², razón por la cual ha sido atendido desde el año 2014 en el programa terapéutico “*Hospital Día*”³, el cual tiene lugar en el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva, Huila, los cinco días hábiles de la semana en horario diurno.

El servicio que venía recibiendo Cristian en el “*Hospital Día* era prestado por intermedio de la EPS Comfamiliar.

1.2. La accionante señaló que, en el mes de octubre de 2017, la coordinadora de dicho programa decidió suspender el servicio a su hijo, indicándole que sus comportamientos eran inadecuados y que llevaba mucho tiempo en el hospital.

1.3. Ante tal escenario, relató que acudió en varias ocasiones al hospital refiriendo que Cristian Felipe requería seguir en el programa, dado su delicado estado de salud y la falta de condiciones necesarias para su efectivo cuidado, sin obtener respuestas favorables. También, refirió que la calidad de vida de su hijo ha disminuido con el tiempo, así como los avances médicos logrados con anterioridad.

En consecuencia, la señora Escobar García, quien es madre soltera y cabeza de familia⁴, formuló acción de tutela contra el referido Hospital Universitario, indicando que la decisión de retirar a su hijo del programa “*Hospital Día*” vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas. Con lo

¹ Cuaderno de revisión. Folios 3-14. La Sala de Selección de Tutelas número Diez estuvo integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

² Cuaderno principal. Folio 1.

³ Programa Orientado a pacientes que han superado la fase aguda de su enfermedad mental y que se requiere apoyo en la continuidad de su tratamiento y desarrollar habilidades y fortalezas que le permitan la inclusión social. Atendido por el equipo multidisciplinario de la Unidad Mental.

⁴ Cuaderno de revisión. Folio 102

cual, solicitó que se ordenara a la entidad accionada que autorizara de forma inmediata el ingreso de Cristian Felipe a dicho programa.

2. Acciones adelantadas durante el trámite de tutela

El Juzgado Octavo Civil Municipal de Neiva, por Auto del 7 de junio de 2018 admitió la acción de tutela, corrió traslado al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción y vinculó a Comfamiliar EPS-S, a la Coordinación del programa “*Hospital Día*” y a la Secretaría de Salud del Departamental del Huila⁵, para que se pronunciaran al respecto.

3. Respuesta de la entidad accionada y de los vinculados

3.1. Comfamiliar EPS-S solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela, al señalar que no ha vulnerado los derechos fundamentales del agenciado, toda vez que actualmente no existe una petición formal ante la entidad, ni una orden médica vigente para proceder a autorizar algún procedimiento⁶.

3.2. El Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva se opuso a la prosperidad del amparo, al indicar que la responsabilidad derivada del contrato de aseguramiento no corresponde a dicho hospital, sino a la EPS aseguradora⁷.

Indicó que su Psiquiatra conceptuó que Cristian Felipe había logrado “*mejora clínica en su sintomatología... y dada su limitación a nivel cognitivo y físico el proceso de rehabilitación de este paciente se cumplió*”⁸. Agregó que, según concepto médico anexado, las expectativas de mejoría con el proceso que brindan no eran viables.

3.3. La Secretaría de Salud Departamental del Huila instó a vincular a Comfamiliar EPS por ser la Entidad Promotora de Salud con cargo a la UPC del agenciado. Manifestó que debe ser desvinculada al no constar en su dependencia solicitud alguna de la parte accionante, su familia, o la EPS.⁹

4. Fallos de instancia

Primera instancia

⁵ Cuaderno principal. Folio 27.

⁶ Cuaderno principal. Folios 33-34.

⁷ Cuaderno principal. Folios 41-51.

⁸ Cuaderno principal. Folio 42.

⁹ Cuaderno principal. Folios 52-55.

Mediante sentencia del 20 de junio de 2018, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Neiva negó el amparo invocado, tras estimar que no se configuró vulneración alguna por parte del extremo accionado y vinculado, dado que la accionante no demostró la existencia de una orden médica vigente que prescribiera la necesidad del programa “Hospital Día” para Cristian Felipe.¹⁰

Impugnación

El 26 de junio de 2018, la señora María Consuelo Escobar García impugnó el fallo, señaló que la decisión no se ajustó a los hechos que motivaron la acción de tutela, no se realizó una correcta valoración de las condiciones particulares del agenciado, y los fundamentos que la motivaron carecían de toda veracidad. Anexó una orden médica con fecha del 15 de junio de 2018, en la cual se refiere que el agenciado tiene síntomas comportamentales que se reactivaron y, en consecuencia, se ordena el reintegro al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo por 30 días, orden que fue autorizada por Comfamiliar EPS el 21 de junio de 2018.¹¹

Segunda Instancia

En providencia del 31 de julio de 2018, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva confirmó el fallo impugnado. Consideró que el juez de tutela no es el competente para autorizar el tratamiento médico de un ciudadano, ni para elegir qué institución debe prestar el servicio de salud, ya que dicha competencia radica en las EPS, mediante la red de prestadores del servicio que contrate para tal fin. Además, destacó que, de conformidad con los documentos anexados en la impugnación, resultaba claro que Cristian Felipe ya estaba siendo atendido en el Hospital accionado.¹²

5. Pruebas cuya copia obra en el expediente

- Cédula de ciudadanía de la señora María Consuelo Escobar García.¹³
- Cédula de ciudadanía de Cristian Felipe Ortiz Escobar¹⁴.
- Historia Clínica de Cristian Felipe, contentiva de distintas valoraciones

¹⁰ Cuaderno principal. Folios 57-60.

¹¹ Cuaderno principal. Folios 72-75

¹² Cuaderno de segunda instancia. Folios 3-5.

¹³ Cuaderno principal. Folio 25.

¹⁴ Cuaderno principal. Folio 26.

que dictan cuadro de autismo severo, discapacidad visual, “*retardo mental severo*” y necesidad de estimulación “*permanente*”, y manejo institucional en hospital de día, por la dificultad del manejo de la patología en casa.¹⁵

- Concepto de psiquiatría emitido el 12 de junio del 2018, en el cual se indica:

“Dada su limitación a nivel cognitivo y físico, el proceso de rehabilitación de este paciente se cumplió y las expectativas de mejora con el proceso que brinda el hospital día no es viable”.

“Dado a que el hospital día busca mejorar la sintomatología clínica y la reinserción social y familiar, para el contexto del paciente, según junta terapéutica de hospital día no se espera avances superiores en las condiciones del paciente.”

“Dicha situación en varias oportunidades se le ha manifestado a la madre, quien insiste en que no puede tenerlo en casa por no tener las condiciones adecuadas para ello”¹⁶

- Reporte de epicrisis del 26 de agosto de 2015, en el cual se lee “*retraso mental*”, autismo severo, amaurosis bilateral e ingresa al paciente a hospitalización por salud mental.¹⁷

6. Actuaciones en sede de revisión

6.1. Mediante auto del 4 de diciembre de 2018¹⁸, el Magistrado Ponente ofició a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, a Comfamiliar EPS-S y a la Secretaría de Salud Departamental del Huila, para que informaran sobre el estado actual de atención del agenciado, así como todos los tratamientos que se le han suministrado hasta la fecha, la historia clínica del paciente y demás información relacionada con los servicios prestados frente a las patologías de Cristian Felipe Ortiz Escobar.

6.1.1. Mediante oficio N° 2018SAL00010672-1 del 17 de diciembre de 2018, el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo argumentó que Cristian Felipe Ortiz Escobar está siendo atendido por la entidad mediante el servicio de *Hospital de Día*. Sostuvo que al ser un

¹⁵ Cuaderno principal. Folios 8-24.

¹⁶ Cuaderno principal. Folio 51.

¹⁷ Cuaderno principal. Folio 24.

¹⁸ Cuaderno de revisión. Folios 20-23.

programa de internamiento parcial y de acuerdo a la infraestructura de la entidad, en el evento en que el paciente manifieste una mejoría en las aptitudes ocupacionales, control de síntomas y relacionamiento con la sociedad, se dará egreso del programa, con seguimiento farmacológico y por consulta externa¹⁹.

6.1.2. La Secretaría de Salud Departamental del Huila expuso que en el ejercicio de sus funciones se han desarrollado capacitaciones, visitas de asistencia y asesoría técnica, con el fin de fortalecer y beneficiar a los actores que se encuentran en condición de discapacidad. Añadió que se han adelantado los trámites pertinentes para garantizar la atención integral en salud para personas con discapacidad dentro de las actividades que se llevan a cabo en la comunidad con el fin de evitar situaciones de emergencia²⁰.

6.2. Ante la renuencia de Comfamiliar EPS de suministrar la información solicitada, y ante la subsistencia de dudas respecto del tratamiento que recibe el agenciado, el Magistrado Ponente, mediante auto del 5 de febrero de 2019²¹, requirió a dicha EPS-S y al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva para que se diera inmediato cumplimiento a lo solicitado en el auto de 4 de diciembre de 2018, y se brindara información acerca de las medidas adoptadas para evitar que Cristian Felipe Ortiz Escobar se viera afectado con la decisión de suspender su permanencia en el programa “Hospital Día”, así mismo, sobre las alternativas que existen para el agenciado, diferentes y/o complementarias al programa en mención.

Además, se invitó al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social –PAIIS- para que realizara un concepto sobre los derechos de las personas en condición de discapacidad psicosocial.

6.2.1. En comunicación SA-01-09773 del 4 de marzo de 2019, Comfamiliar EPS-S informó lo siguiente: (i) Comfamiliar EPS aportó autorizaciones expedidas al agenciado y el histórico de facturación de los servicios de salud prestados; (ii) en relación con la Política de accesibilidad, la EPS se sujeta a brindar la atención en salud para todas las personas que se encuentren en condición de discapacidad de acuerdo a lo reglamentado por el Ministerio de Salud y Protección Social; (iii) el agenciado se encuentra actualmente recibiendo atención en el programa

¹⁹ Cuaderno de revisión. Folios 36-37

²⁰ Cuaderno de revisión. Folios 46-52.

²¹ Cuaderno de revisión. Folios 56-58.

En el presente auto se suspendieron los términos para fallo en el proceso T-024.539, a partir de la notificación del auto y hasta por dos (2) meses, a partir del momento en que las pruebas decretadas y requeridas fueran debida y efectivamente recaudadas.

“*Hospital de Día*” los días lunes, miércoles y viernes; (v) frente a las alternativas de tratamiento para las condiciones del accionante, la entidad que podría sustituir el servicio médico sería “*Potencial Humano*”²².

6.2.2. En oficio del 28 de febrero de 2019, el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo sostuvo que, meses previos al egreso del programa “*Hospital de Día*”, se comunicó a la madre del agenciado los logros obtenidos con el programa, así como la imposibilidad de continuar prestando el servicio, toda vez que, de acuerdo con las enfermedades del paciente, era poco probable otro tipo de progreso, pues sus síntomas son permanentes. Afirmó que existen en el país diversas instituciones y programas especializados orientados específicamente a su patología. Indicó que la EPS Comfamiliar es la encargada de disponer de un listado de IPS dentro y fuera de la ciudad orientadas al manejo de Cristian Felipe. Agregó que se deberá asumir el posterior seguimiento ambulatorio con control farmacológico y psicoterapéutico tanto al paciente como a la madre protegiéndola de la sobrecarga del cuidador.²³

6.2.3. El Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) del consultorio jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes²⁴ sostuvo que la institucionalización o internación forzada de la población que sufre de discapacidad mental, configura una práctica que vulnera sus derechos fundamentales. Por ello, programas como “*Hospital de Día*” surgen como un mecanismo transitorio de ayuda a las personas con discapacidad mental, sin olvidar que el paciente pueda vivir de manera independiente y ser incluidos en la sociedad.

Además, afirmó que el principio de atención integral en salud abarca la rehabilitación psicosocial y la inclusión social del paciente, orientando a la persona a potenciar sus elecciones individuales.

Concluyó que la finalidad del modelo social de la discapacidad es integrar a la persona con diversas patologías a la sociedad, dejando de lado las barreras que sobre ella ejerce el entorno y restringe sus derechos fundamentales, pudiendo así hacer parte activa de una comunidad, en donde de manera libre y autónoma puedan tomar decisiones que afecten de forma trascendente su vida.

²² Cuaderno de revisión. Folios 67-70.

²³ Cuaderno de revisión. Folios 71-84.

²⁴ Cuaderno de revisión. Folios 86- 93.

6.3. El 28 de mayo de 2019, el abogado Tito libardo Vega Laguna²⁵ informó que las condiciones económicas, sociales y familiares de la señora María Consuelo Escobar García no eran las mejores, debido a que *“su sustento y el de su hijo, lo consigue con la venta de perecederos de una pequeña tienda de su propiedad, no tiene ningún otro ingreso, ni cuenta con ayuda de su familia pues todos viven en similares circunstancias”*²⁶.

Manifestó que *“una funcionaria de la IPS prestadora del servicio HOSPITAL DÍA, le manifestó que su hijo no sería atendido nuevamente en dicho servicio, por razones ya expuestas en los hechos de la acción interpuesta. Gracias a la recomendación hecha por el Aquo, se le prestó atención hasta el día 3 del mes de marzo del presente año, pero luego de ese día y hasta la fecha, no ha sido recibida de nuevo”*²⁷. Afirma que en Neiva no se cuenta con otros centros o instituciones especializadas en el tratamiento que requiere Cristian, y que la EPS no les ha brindado alternativa alguna para poder contar con otra posibilidad.

Afirmó que, cuando Cristian Felipe permanece mucho tiempo en casa, sus comportamientos se tornan agresivos.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

B. Cuestiones previas a resolver

Con base en lo anteriormente expuesto, esta Sala advierte la necesidad de examinar, de manera preliminar, lo siguiente: (i) la procedencia de la acción de tutela y (ii) la carencia actual de objeto por hecho superado.

Primera cuestión previa: Análisis de procedencia de la acción de tutela

La Sala comenzará por establecer si concurren los requisitos mínimos de procedencia de la solicitud de amparo: (i) legitimación en la causa por activa, (ii) legitimación en la causa por pasiva, (iii) subsidiariedad, e (iv)

²⁵ Se aclara que no se mutó la representación, el Abogado no está haciendo ejercicio del derecho de postulación en el trámite de tutela, razón por la cual, la progenitora sigue siendo la persona que agencia los derechos del joven Cristian Felipe Ortiz Escobar.

²⁶ Cuaderno de revisión. Folio 102.

²⁷ Cuaderno de revisión. Folio 102.

inmediatez. Para ello, se reiterarán las reglas jurisprudenciales en la materia y, con base en ellas, se verificará el cumplimiento de esas exigencias.

Legitimación en la casusa por activa

De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, cualquier persona ejercerá la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales resultaren amenazados o vulnerados por una acción u omisión de autoridad pública, o por un particular, excepcionalmente.

La Corte ha indicado algunos requisitos para establecer la posibilidad de formular acción de tutela mediante agente oficioso, con el fin de determinar si el titular de los derechos fundamentales, está o no en condiciones de promover su propia defensa, toda vez que “(i) *la manifestación²⁸ del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela, ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir²⁹, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas³⁰ o mentales³¹ para promover su propia defensa³²”.*

La Sala encuentra que en el caso objeto de revisión, la señora María Consuelo Escobar García actúa como agente oficiosa de su hijo Cristian Felipe Ortiz Escobar, de 26 años de edad y quien padece “*retraso mental, autismo y amaurosis bilateral*”, por lo cual está facultada para invocar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y/o Comfamiliar EPS-S.

Reafirma lo anterior, la Sentencia SU-055 de 2015 al expresar que para que se configure la agencia oficiosa es necesario que se trate de casos “*en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales*”.

²⁸ Sobre el requisito de manifestar que se actúa bajo tal condición y que el agenciado se encuentra en imposibilidad de promover su defensa, la Corte ha optado por restarle rigidez según las circunstancias del caso.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T- 452/01

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-342/94.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-414/99.

³² Corte Constitucional. Sentencias T-109/11 y T-388/12.

Legitimación en la causa por pasiva

El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares.

Bajo esta premisa, de acuerdo a esta modalidad de legitimación, la Corte ha sostenido que *“la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”*³³, así mismo, se deben acreditar dos circunstancias como lo son la participación de uno de los sujetos sobre los cuales procede el amparo; y por otra, que la presunta vulneración provenga de un actuar u omisión del respectivo sujeto.

En el asunto bajo estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva de (i) Comfamiliar EPS por tratarse de un particular que presta un servicio público de salud, como se dispone en el artículo 86 de la Constitución y se reafirma en el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; (ii) el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva-programa Hospital Día- por la presunta actuación que se considera lesiva de los derechos fundamentales invocados por la accionante, así mismo, (iii) la Secretaría de Salud Departamental del Huila en su rol de dirigir, coordinar, evaluar y controlar el Sistema de Seguridad Social en Salud en el Departamento.

Inmediatez

La acción de tutela tiene como propósito otorgar a los ciudadanos un instrumento jurídico que haga frente a la *grave e inminente* amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, por lo que la procedibilidad del amparo está sujeta a que se haya formulado en un tiempo *razonable* respecto al acto que presuntamente vulnera las garantías invocadas³⁴.

La jurisprudencia ha precisado que *“la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales que se encuentran amenazados, bien por acción o bien, por omisión de autoridad pública o particular cuando a ello hay lugar. Ese objetivo, no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente mientras el bien o*

³³ Corte Constitucional. Sentencias T-1001-06 y T- 278 de 1998.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-543 de 1992 y T-353 de 2018, entre otras.

interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable”³⁵

Asimismo ha señalado que la dilación en la presentación de la acción de tutela resulta admisible bajo ciertas condiciones³⁶, la primera se presenta cuando la vulneración resulta permanente en el tiempo. *“Así, a pesar de que el hecho que originó la vulneración sea lejano en el tiempo, la situación desfavorable del tutelante continúa y se verifica actualmente”³⁷*. La segunda condición son las particularidades especiales del sujeto a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, que haría desproporcional³⁸ *“el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”³⁹*.

De los referidos precedentes jurisprudenciales, la Sala estima que, en el presente caso la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, debido a que, aunque haya transcurrido un tiempo considerable entre el acto del cual emana la presunta vulneración, esto es, el día en que la entidad accionada comunicó que no continuaría prestando los servicios de “Hospital Día”, es decir, en el mes de septiembre de 2017, y la presentación de la tutela que fue el 6 de junio de 2018, la presunta vulneración de los derechos fundamentales de Cristian permanece en el tiempo, debido a que, en el trámite de tutela Comfamiliar autorizó el ingreso para internación en “Hospital Día por 30 días”⁴⁰ por reactivarse los síntomas comportamentales, y por el mismo tiempo, ingresó el 16 de octubre de 2018. Sin embargo, en lo sucesivo se originaron múltiples ingresos y egresos del programa “Hospital Día”, siendo la última actuación el retiro definitivo el 3 de marzo de 2019, donde a partir de la fecha quedó bajo el total cuidado de su madre, quien manifestó que Cristian continúa presentado retrocesos en su estado de salud cuando es retirado totalmente del mismo⁴¹.

Adicionalmente, las particularidades especiales y de vulnerabilidad en las

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-590 de 2014.

³⁶ Corte Constitucional. las sentencias T- 590 de 2014, T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-468 de 2006, T-654 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-696 de 2007, T-792 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-1028 de 2010, y SU-168 de 2013, entre otras.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencias T- 1110 de 2005, T- 593 de 2007, T-425 de 2009, T-1028 de 2010, T-187 de 2012 y SU-158 de 2013.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-590 de 2014.

³⁹ Corte Constitucional. las Sentencias T-590 de 2014 T- 593 de 2007, T-158 de 2006, T-792 de 2009, T-1028 de 2010, T-187 de 2012 y T-844 de 2013.

⁴⁰ Cuaderno principal. Folio 73.

⁴¹ Cuaderno de revisión. Folio 102.

que se encuentran el agenciado y su agente oficiosa, quienes son sujetos de especial protección constitucional, por lo menos por dos razones, el primero de ellos por ser una persona con diagnóstico de “*retraso mental, autismo y amaurosis bilateral*”⁴², y la segunda, al tratarse de una madre soltera y cabeza de familia, hace necesario la intervención de manera urgente e inmediata y a la vez amerita un estudio flexible del presupuesto de inmediatez.

De las anteriores consideraciones, la Sala de Revisión encuentra que las mismas son suficientes para flexibilizar el análisis del requisito de inmediatez, con base en el cumplimiento de las dos excepciones a la exigencia estricta de dicho requisito, aceptadas por la jurisprudencia constitucional⁴³.

Subsidiariedad

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene una naturaleza residual y subsidiaria, en consecuencia, su procedencia está supeditada a que el accionante no disponga de otros medios de defensa judicial, o que existiendo, éstos no resulten lo suficientemente idóneos o eficaces para la defensa de los derechos invocados.⁴⁴

De este modo, la protección de garantías fundamentales a través de acción de tutela procede en uno de tres supuestos: (i) cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita la salvaguarda de sus derechos; (ii) en el evento en que exista otro mecanismo de defensa, este no resulte idóneo o eficaz para lograr la pretensión; o (iii) cuando existiendo otros mecanismos de defensa judicial, idóneos y/o efectivos, se pueda producir un perjuicio irremediable de un derecho fundamental.⁴⁵

Ahora bien, respecto a la protección efectiva del derecho fundamental a la salud, se destaca que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 (modificada por la Ley 1438 de 2011) asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función jurisdiccional de “*conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez*”, las controversias que se susciten entre las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios.

A pesar de que esta competencia jurisdiccional se desarrolla mediante un

⁴² Cuaderno principal. Folio 3.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-590 de 2014.

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-441 de 2017 y SU-124 de 2018.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-396 de 2014.

proceso preferente y sumario, la jurisprudencia constitucional ha identificado que tiene las siguientes deficiencias: “*la estructura de su procedimiento tiene falencias graves que han desvirtuado su idoneidad y eficacia, tales como: (i) La inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. (ii) La imposibilidad de obtener [el] acatamiento de lo ordenado. (iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos. (iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país*”⁴⁶.

Además, la sentencia T-114 de 2019 reseñó lo siguiente:

*“La diligencia celebrada el 6 de diciembre de 2018 contó con la presencia del Superintendente de Salud, quien señaló entre otras cosas que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que les otorga como término la ley; (ii) por lo anterior, **existe un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad** en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son su mayoría y entre las que se encuentran la reclamación de licencias de paternidad; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital.”*⁴⁷

Así las cosas, en el presente caso, la Corte destaca que las especiales condiciones en que se encuentra el agenciado, hacen desproporcionado que se someta a una larga espera dentro de los medios ordinarios con el fin de que sus derechos sean garantizados, situación que generaría aún un mayor retroceso y pérdida de mejoría en su tratamiento. Adicionalmente, se resalta que el agenciado es una persona con discapacidad mental y sensorial cuya salud y vida en condiciones dignas se encuentra en riesgo, por lo que reviste claramente la calidad de *sujeto de especial protección constitucional*.

Por ende, aunque existe un mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud que, en principio, podría conducir a

⁴⁶ Al respecto, ver sentencias T-439 y SU-124 de 2018, T-061 y T-114 de 2019, entre otras.

⁴⁷ Énfasis agregado.

proteger sus derechos, éste no resultaría idóneo ni eficaz para la efectiva salvaguarda de sus garantías fundamentales, por lo que la presente acción de tutela se hace procedente como mecanismo definitivo para tal finalidad.

Segunda cuestión previa: análisis de carencia actual de objeto por hecho superado

Se considera necesario determinar si en este caso existe carencia actual de objeto por cuanto durante el trámite de la acción de tutela y en sede de revisión se informó acerca de la presunta cesación de la vulneración alegada, en la medida en que a Cristian se le ordenó y autorizó el ingreso al programa Hospital Día⁴⁸. Para ello, se iniciará por reiterar las reglas que determinan el alcance de la carencia actual de objeto y, luego, se verificará si se configura dicho concepto.

Alcance y verificación de la existencia de carencia actual de objeto por hecho superado⁴⁹.

Según la jurisprudencia de esta Corte, el alcance de la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o “*caería en el vacío*”⁵⁰. Esta figura puede darse en tres circunstancias: hecho superado, daño consumado y acaecimiento de una situación sobreviniente.⁵¹

De lo reiterado por esta Corte, “*La orden en la acción de tutela busca que cese la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, por lo que su eficacia precisamente depende de la actualidad del hecho vulnerador. De esta forma, si cesa la conducta que viola los derechos fundamentales, el juez no tiene un objeto sobre el cual pronunciarse, escenario en el que se configura lo que la jurisprudencia ha denominado carencia actual de objeto*”⁵².

Respecto al hecho superado, la Sentencia T-038 de 2019, establece unos criterios para determinar si, en un caso concreto, se está o no en presencia de un hecho superado, estos son:

“Hecho superado. Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia

⁴⁸ Cuaderno principal. Folio 72, y tercer cuaderno folio 18.

⁴⁹ Por tratarse de reiteración jurisprudencial, en esta oportunidad la Sala seguirá muy de cerca lo expuesto en la Sentencia T-701 de 2016.

⁵⁰ Sentencia T-235 de 2012 en la cual se cita la Sentencia T-533 de 2009.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-048 de 2019.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-100 de 2017.

que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”

Se puede concluir, con base en los antecedentes, que un primer momento se pudo haber configurado un hecho superado, por cuanto en sede de revisión se allegó oficio del Abogado Tito Libardo Vega Laguna, donde María Consuelo Escobar García⁵³ informó que Hospital Día había internado a su hijo por 3 meses inicialmente y los siguientes 3 meses estaría por fuera, y con posterioridad la madre realizó otra negociación donde afirmó que se llegó al acuerdo de que 3 días a la semana asistiría al programa y los otros 2 no lo haría⁵⁴.

Dicho lo anterior, se podría concluir que se superó la vulneración y se accedió a la petición de la acción de tutela, pero con posterioridad, en sede de revisión, se allegó oficio con fecha del 28 de mayo de 2019⁵⁵ donde se informó que Cristian Felipe había sido retirado del programa, encontrándose bajo el cuidado de su madre, por lo cual la vulneración no ha cesado, lo anterior es suficiente para estimar la inexistencia de esta modalidad.

4. Problema jurídico a resolver y metodología de resolución

De conformidad con los antecedentes, la Sala Novena de Revisión debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de Cristian Felipe Ortiz Escobar, diagnosticado con *retraso mental, autismo y amaurosis bilateral*, al ordenarse constantemente retiro del programa “Hospital Día” sin especificar otras medidas idóneas para su recuperación?

A efecto de responder dicho interrogante, la Sala abordará: (i) Derecho fundamental a la salud de las personas en situación de discapacidad bajo los principios de integralidad y continuidad, (ii) el derecho a información clara y el consentimiento informado, (iii) el deber de solidaridad en el

⁵³ Se aclara que no se mutó la representación, el Abogado no está haciendo ejercicio del derecho de postulación en el trámite de tutela, razón por la cual, la progenitora sigue siendo la persona que agencia los derechos del joven Cristian Felipe Ortiz Escobar.

⁵⁴ Tercer cuaderno. Folio 18.

⁵⁵ Cuaderno de revisión. Folio 102.

cuidado de las personas en condición de discapacidad y, (iv) la solución del caso concreto.

5. Derecho fundamental a la salud de las personas en situación de discapacidad bajo los principios de integralidad y continuidad.

El derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación (i) como servicio público, establecido así en el artículo 49 de la Constitución, cuya garantía está a cargo del Estado, bajo condiciones de *“oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”*⁵⁶ y; (ii) como derecho fundamental autónomo *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*⁵⁷. Su carácter de derecho fundamental autónomo surge de la necesidad del Estado de proteger la salud al más alto nivel, toda vez que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas y el desarrollo de otros derechos fundamentales⁵⁸.

Dentro del marco del sistema internacional de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC), en su artículo 12 reconoce *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”* y establece las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la efectividad de este derecho, como *“la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”*.

A partir de su relación directa con la vida y la dignidad de las personas, su protección se refuerza al tratarse de Sujetos de Especial Protección Constitucional⁵⁹ que por su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad son merecedores de protección reforzada por parte del Estado, así el artículo 47 de la Constitución indica: *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

Frente a la protección del derecho a la salud de personas que se encuentran

⁵⁶ Sentencia T-859 de 2003.

⁵⁷ Sentencias T-597 de 1993, T-355 de 2012, T-022 de 2011 y T-859 de 2003.

⁵⁸ Sentencias T-311 de 2012, T-214 de 2013 y T-132 de 2016.

⁵⁹ Sentencia T-167 de 2011. Aquellas personas que por su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva del Estado para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. La Corte ha considerado que entre los sujetos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza.

en situación de discapacidad, el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales –CDESC- establece que *“la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado d del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.”*(Negrilla fuera del texto original).

La garantía constitucional del derecho a la salud de la población con discapacidad debe ser desarrollada en conjunción con el principio de integralidad. Al respecto, en sentencia T-121 de 2015 se afirmó: *“El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo”*.

En materia de seguridad social, debe entenderse de acuerdo al artículo 2°, literal d) de la Ley 100 de 1993 como *“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 esta Ley”*.

Lo anterior fue reiterado mediante la Ley 1751 del 2015, cuyo artículo 8° establece que, *“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador”*. Además, hace claridad que el usuario no puede ver disminuida su salud por la fragmentación de la responsabilidad en la prestación de un servicio específico. Así mismo, establece que los servicios deben tener un alcance que comprenda todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico en relación de las necesidades específicas de conformidad al estado de salud diagnosticado.

En este sentido, la sentencia T-171 de 2018 considera que el principio de integralidad opera con el fin de suministrar servicios y tecnologías necesarios que ayuden a paliar las afectaciones que perturban las condiciones físicas y mentales, así mismo, que la enfermedad se pueda tratar al punto de garantizar el mayor grado de salud posible y dignidad humana.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 26 que los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, para que: *“las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación”*, basándose estos en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona.

Algunas de estas medidas para la atención integral⁶⁰ de las personas con discapacidad mental, fueron adoptadas en la Ley 1616 de 2013⁶¹ la cual incluye modalidades y servicios o acciones complementarias⁶² al tratamiento, como la integración familiar social laboral y educativa, esto a través de las Redes Integrales de Prestación de Servicios en Salud Mental⁶³ integradas a los servicios generales de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Lo anterior apuntando a que el paciente pueda alcanzar el nivel más alto de funcionamiento de individuo y sociedades, potenciando la autonomía en las decisiones sobre cómo vivir satisfactoriamente en la comunidad. En lo referente a la garantía de estos derechos por parte de las EPS, la Ley 100 de 1993⁶⁴, en su artículo 178, establece que dentro de las Funciones de las entidades promotoras de salud está *“establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de*

⁶⁰ Ley 1616 de 2013. *“Artículo 5. (...) 3. Atención integral e integrada en salud mental. La atención integral en salud mental es la concurrencia del talento humano y los recursos suficientes y pertinentes en salud para responder a las necesidades de salud mental de la población, incluyendo la promoción, prevención secundaria y terciaria, diagnóstico precoz, tratamiento, rehabilitación en salud e inclusión social. La atención integrada hace referencia a la conjunción de los distintos niveles de complejidad, complementariedad y continuidad en la atención en salud mental, según las necesidades de salud de las personas.*

La atención integrada hace referencia a la conjunción de los distintos niveles de complejidad, complementariedad y continuidad en la atención en salud mental, según las necesidades de salud de las personas”.

⁶¹ Ley 1616 de 2013. Por medio de la cual se expide la Ley de salud mental y se dictan otras disposiciones.

⁶² *“Artículo 13. MODALIDADES Y SERVICIOS DE ATENCIÓN INTEGRAL E INTEGRADA EN SALUD MENTAL. La red integral de prestación de servicios en salud mental debe incluir las siguientes modalidades y servicios, integradas a los servicios generales de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud: 1. Atención Ambulatoria. 2. Atención Domiciliaria. 3. Atención Prehospitalaria. 4. Centro de Atención en Drogadicción y Servicios de Farmacodependencia. 5. Centro de Salud Mental Comunitario. 6. Grupos de Apoyo de Pacientes y Familias. 7. Hospital de Día para Adultos. 8. Hospital de Día para Niñas, Niños y Adolescentes. 9. Rehabilitación Basada en Comunidad 10. Unidades de Salud Mental. 11 . Urgencia de Psiquiatría”.*

⁶³ Conjunto articulado de prestadores de servicios de salud u organizaciones funcionales de servicios de salud, públicos, privados o mixtos, en un ámbito territorial.

⁶⁴ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

Salud”. Así mismo deberán brindar todas las alternativas tendientes a brindar el servicio de manera integral.

Respecto a la atención integrada, el artículo 3 de la Ley 1616 de 2013 dispone: “*La atención integrada hace referencia a la conjunción de los distintos niveles de complejidad, complementariedad y continuidad en la atención en salud mental, según las necesidades de salud de las personas*”. En ese sentido, deberán evaluarse a través de diagnósticos médicos especializados las condiciones particulares de necesidad de las personas con discapacidad para señalar la complejidad y continuidad en la atención de sus patologías y síntomas.

Concerniente a la continuidad como principio rector de la plena efectividad del derecho a la salud, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que: *las entidades que tienen a su cargo la prestación de 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*⁶⁵ (subrayado fuera del texto original).

Además, la Ley 1751 del 2015⁶⁶, en su artículo 11, establece que la atención en salud a las personas con discapacidad no podrá ser limitada por tipos de restricciones administrativas o económicas y que “*las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención*”.

Por lo anterior, para la Sala, la interrupción arbitraria del servicio a la salud, es contraria al derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, especialmente tratándose de personas con algún tipo de discapacidad física, mental o sensorial, las cuales tienen derecho a obtener la totalidad del componente médico previsto para el manejo del padecimiento que le sobrevino, así no se obtenga su recuperación completa y definitiva, pero se logren mantener los avances logrados en términos conductuales y de vida en comunidad, lo que asegura que al paciente pueda vivir en el mayor nivel de dignidad posible. Reiterado esto en sentencia T-196 de 2018 donde “*una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la*

⁶⁵ Sentencia T-1198 de 2003.

⁶⁶ Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

recuperación o estabilización de paciente”.

En conclusión, el derecho a la salud de las personas con discapacidad en virtud del principio de dignidad y de conformidad con la integralidad y continuidad involucra que deben otorgarse todas las medidas y servicios necesarios que hagan posible lograr el más alto nivel de salud, lo que incluye un adecuada valoración⁶⁷ que fije la rehabilitación o paliación de las necesidades que persistan respecto al estado de salud, con el fin de lograr la máxima independencia, capacidad física, social, mental y la inclusión y participación plena en todas las áreas de la vida.

6. El derecho a información clara y el consentimiento informado de personas con discapacidad

De manera preliminar, la jurisprudencia constitucional, con base en la Observación General N° 5 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado dos aspectos fundamentales a nivel de salud de las personas en condición de discapacidad. La primera consiste en que el nivel más alto de salud de estas personas implica *i)* el derecho a la atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad⁶⁸; *ii)* el derecho a tener el acceso a los servicios médicos y sociales y a beneficiarse de dichos servicios, de tal forma que ello garantice autonomía, la prevención de otras capacidades y la integración social⁶⁹; y *iii)* los servicios de rehabilitación a fin de alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad⁷⁰.

De conformidad a la especial protección de las personas con discapacidad, la materialización de su derecho a vivir en la mayor condición de salud posible en relación con la dignidad humana, también consiste en garantizar que las intervenciones sean lo menos restrictivas de las libertades individuales, por esto resulta necesario el consentimiento informado sobre actuaciones que puedan afectar el efectivo goce de otros derechos⁷¹.

La Ley 1616 de 2013 establece en su artículo 6° que las personas con discapacidad mental que requieran atención médica tienen derecho a

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-887 de 2012, T-298 de 2013, T-940 de 2014, T-045 de 2015, T-210 de 2015 y T-459 de 2015.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2007.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2007.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2007. Asimismo, la sentencia T-933 de 2013 estableció, con respecto al derecho fundamental a la salud de las personas en condición de discapacidad que, en virtud del principio de dignidad humana, el derecho a la salud frente a las personas en condición de discapacidad, el contenido del derecho al goce del más alto nivel posible de salud incluye la rehabilitación, cuyo fin es lograr la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos las áreas de la vida de este grupo.

⁷¹ Ver Sentencia T-850 de 2002.

recibir información clara y completa de su estado de salud, diagnóstico, el posible tratamiento, duración y tanto beneficios como riesgos que se esperan.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados deberán reconocer que las personas con discapacidad poseen la capacidad jurídica en igualdad de condiciones para participar en las decisiones que los afecten en su vida.

A su vez, de acuerdo con la Observación General N° 1 del 2014 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los apoyos brindados a las personas en condición de discapacidad *i)* deben variar en su tipo de intensidad de acuerdo con la diversidad de las personas con discapacidad⁷²; *ii)* son irrenunciables, de modo que la persona con discapacidad puede negarse a ejercer su derecho a recibir apoyo previsto⁷³; *iii)* no deben regular en exceso la vida de las personas en condición de discapacidad⁷⁴; y *iv)* la implementación de las medidas de apoyo deben ser consultadas y contar con la participación de la población con discapacidad⁷⁵.

En conclusión, la protección del derecho a la salud está estrechamente

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-182 de 2016.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-182 de 2016.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-182 de 2016.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-182 de 2016. Asimismo, dentro de esta línea, la jurisprudencia constitucional, con base en la en el Comité DPD, ha sostenido que todo sistema de apoyo debe incluir: **i)** el apoyo para la adopción de decisiones libres; **ii)** todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de las personas, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo; **iii)** el modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas; **iv)** las personas encargadas del apoyo que haya escogido la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de las personas concernidas; **v)** con la finalidad de proporcionar el acceso al apoyo necesario, los Estados partes deben velar porque las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuito. Asimismo, la falta de recursos financieros no debe ser un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica; **vi)** el apoyo en la adopción de la decisión no debe utilizarse como justificación para restringir otros derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, especialmente el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio o a establecer una unión civil y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad; **vii)** la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento; **viii)** debe establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, con el objetivo de garantizar el respeto de la voluntad y las preferencias de las personas en condición de discapacidad; y **ix)** la prestación del apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo.

ligada a la voluntad de las personas con alguna condición de discapacidad⁷⁶. En dicha línea, la Corte Constitucional ha entendido que las personas en condición de discapacidad son sujetos de plenos de derecho que gozan de una protección especial. Asimismo, el Estado tiene la obligación de disponer de todos los medios para que estas personas puedan gozar de derechos y eliminar todas las barreras para garantizarlos⁷⁷.

Con base en dichas categorías, el modelo social de discapacidad impone a los Estados un mandato para reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por sistemas de apoyo en la adopción de la decisión. Estos últimos se caracterizan por la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad, de su autonomía y sus preferencias⁷⁸.

7. El deber de solidaridad en el cuidado de las personas en condición de discapacidad

La Organización Social del Cuidado

La Universidad Nacional de Lanús (Argentina), en su Revista Perspectivas de Políticas Públicas, se refirió a la noción de cuidado, como⁷⁹ las actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, brindándoles los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad⁸⁰. El cuidado incluye el autocuidado, el cuidado directo de otras personas, la previsión de las precondiciones en que se realiza el cuidado y la gestión del cuidado⁸¹.

Asimismo, la organización social del cuidado se refiere a la manera en que inter-relacionadamente las familias, el Estado, el mercado y las organizaciones comunitarias producen y distribuyen cuidado⁸². Esta interrelación implica la presencia de diferentes actores -Estado, comunidad, mercado y familia- y, asimismo, las relaciones existentes entre ellos. En ese sentido, la provisión de cuidados no ocurre de manera aislada,

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-182 de 2016.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-182 de 2016, T-1021 de 2003, T-823 de 2002, T-401 de 1994, T-850 de 2002, T-248 de 2003 y T-740 de 2014.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-182 de 2016.

⁷⁹ RODRÍGUEZ, Corina; MARZONETTO, Gabriela. Organización social del cuidado y desigualdad: el déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina. Revista Perspectivas de Políticas Públicas. Año IV N°8 (Enero-Junio 2015). ISSN 1853-9254. P.104. Disponible en revistas.unla.edu.ar/perspectivas/article/download/949/946/.

⁸⁰ La Organización de Naciones Unidas define la organización social del cuidado como una política económica y social del cuidado. Esto es, la forma de distribuir, entender y gestionar la necesidad de cuidados que están en la base del ulterior funcionamiento del sistema económico y la política social. Cfr. ARRIAGADA, Irma. La organización social de los cuidados y la vulneración de derechos en Chile. ONU MUJERES. Centro de estudios de la mujer. República Dominicana.

⁸¹ RODRÍGUEZ, Corina; MARZONETTO, Gabriela, Op. Cit., 2015, p.105.

⁸² RODRÍGUEZ, Corina; MARZONETTO, Gabriela, Op. Cit., 2015, p.105.

sino que resulta de una continuidad donde se suceden actividades, trabajos y responsabilidades⁸³.

La garantía de funcionamiento de la política de cuidado necesariamente exige la coordinación y la igualdad en la asignación de responsabilidades entre los actores que participan en la garantía del cuidado⁸⁴. En otras palabras, la participación desigual de las partes intervinientes en dicha política de cuidado conlleva a una injusta asignación de responsabilidades, lo cual, no solo conlleva a un ejercicio de discriminación, sino que, al mismo tiempo, conlleva a una vulneración de derechos fundamentales de las personas objeto de la política de cuidado⁸⁵ -una organización social del cuidado injusta reproduce la desigualdad-, por ello, su atención completa y equilibrada responde a parámetros de justicia distributiva⁸⁶.

El cuidado en la Jurisprudencia Constitucional.

La Constitución Política establece obligaciones expresas para la protección de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de discapacidad. Estas obligaciones implican una prohibición de discriminación y de especial protección por su condición (CP. Art.13 inc.3) y, asimismo, obligaciones concretas del Estado para adoptar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (CP. Art.47).

Estas cláusulas constitucionales implican la asimilación de dos aristas complejas al momento de evaluar la garantía de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de discapacidad. La primera consiste en el abandono de la posición binaria y excluyente entre la asunción de un paternalismo excesivo que permita a terceros decidir sobre las condiciones más básicas de existencia de las personas en condición de discapacidad y el abandono de una persona que de hecho no puede vivir sin otro y que necesita que su autonomía sea apoyada. La segunda -como

⁸³ RODRÍGUEZ, Corina; MARZONETTO, Gabriela, Op. Cit., 2015, p.105. Este texto hace referencia al “diamante de cuidado”. En dicho diamante se grafican las posiciones de los intervinientes en el cuidado y la relación que existe entre estos con la finalidad de garantizar una política pública de cuidado.

⁸⁴ RODRÍGUEZ, Corina; MARZONETTO, Gabriela, Op. Cit., 2015, p.106.

⁸⁵ RODRÍGUEZ, Corina; MARZONETTO, Gabriela, Op. Cit., 2015, p.106. De acuerdo con las autoras, “*la evidencia existente demuestra que la OSC, en su conformación actual en América Latina (...) es injusta porque las responsabilidades de cuidado se encuentran desigualmente distribuidas en dos niveles distintos. Por un lado, hay una inequitativa distribución de las responsabilidades de cuidado entre hogares, Estado, mercado y organizaciones comunitarias. Por otro lado, la desigualdad en la distribución de responsabilidades se verifica también entre varones y mujeres. **La evidencia muestra que el trabajo de cuidado es asumido mayoritariamente por los hogares y, dentro de los hogares, por las mujeres.**” (SFT)*

⁸⁶ RODRÍGUEZ, Corina; MARZONETTO, Gabriela, Op. Cit., 2015, pp.125ss.

consecuencia de lo anterior- conlleva a establecer los deberes de cuidado que tiene el Estado, la sociedad y la familia, con respecto a las personas en condiciones de discapacidad.

Frente a los deberes de cuidado por parte del Estado, la sociedad y la familia, estos tienen como finalidad garantizar el nivel más alto de autonomía posible. En efecto, la Corte Constitucional ha establecido que *“el acceso de las personas con discapacidad a servicios de apoyo, que bien pueden traducirse en la preparación de personal capacitado para su atención, implementos ortopédicos e instrumentos de ayuda técnica que les permitan un mayor nivel de independencia respecto de otras personas y faciliten su desenvolvimiento en la sociedad, en condiciones autónomas que en tal sentido aseguren una existencia digna sin que para el efecto constituyan un impedimento alguno los padecimientos físicos, sensoriales o síquicos que lo aquejen.”*⁸⁷

Con la finalidad de potenciar el grado de autonomía y, en general, *de garantizar el cuidado de las personas en condición de discapacidad*, la jurisprudencia constitucional ha analizado las obligaciones estatales con base en los principios de *universalidad, solidaridad y eficiencia*, de acuerdo con el artículo 49 inc.2 de la Constitución. A partir de dichas cláusulas, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de ordenar a las autoridades e instituciones responsables de la prestación de los servicios de salud la internación u hospitalización e, incluso, la atención domiciliaria a aquellas personas que padecen trastornos afectivos, mentales y de comportamiento.

En efecto, mediante la sentencia T-1237 de 2001⁸⁸, la Corte Constitucional estudió un caso en el cual una persona sufría de “esquizofrenia residual”. Esta condición le impedía desempeñarse normalmente, de modo que vivía en condiciones infrahumanas, en medio de la pobreza y, además, no tenía quien la cuidara. La Corte consideró que, con base en el material probatorio y el principio de solidaridad⁸⁹, al determinar las condiciones de pobreza extrema en las que vivía, el evidente abandono de su familia y la imposibilidad de valerse por sus propios medios dada su incapacidad mental, era necesaria su reclusión permanente en una institución especializada para patologías mentales.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido los deberes de la familia y la sociedad en torno al cuidado de las personas en condiciones

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-203 de 2012 y T-657 de 2008.

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-1237 de 2001.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-1237 de 2007. En dicha sentencia reitera las reglas jurisprudenciales establecidas en las sentencias T-174 de 1995, T-209 de 1999, T-851 de 1999 y T-398 de 2000.

de discapacidad. Este Tribunal Constitucional ha advertido que, en situaciones de personas con disminuciones psíquicas, la familia cumple un rol esencial en el tratamiento, *“por ser la célula de la sociedad más apropiada para brindar el apoyo, protección y afecto que necesita la persona en su rehabilitación o estabilización patológica”*⁹⁰. De igual manera, la jurisprudencia sostuvo que dicho papel fundamental está entendido como un deber social el cual es exigible a todas las personas que conforman la sociedad, para beneficiar y apoyar a otros individuos que se encuentren en una condición de debilidad manifiesta y, a su vez, este deber se traduce en una obligación principalmente en los familiares, no solo a nivel moral, sino también a nivel constitucional⁹¹.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha estudiado y aceptado algunas situaciones fácticas de carácter personal, económico y social que impiden la realización de un ejercicio de cuidado de las personas en condiciones de discapacidad por parte de sus familiares⁹².

En efecto, mediante la sentencia T-867 de 2008⁹³, esta Corporación analizó un caso en el cual el accionante tenía 77 años y se hacía cargo de su ahijado, quien sufría de epilepsia y retardo mental moderado. En la acción de tutela, argumentó que no podía hacerse cargo de esta persona, pues el paciente presenta frecuentes e intensos episodios de agresividad, en los cuales ha llegado a atentar en contra del accionante y, asimismo, no tiene la capacidad económica y física para cubrir sus necesidades básicas y los gastos que genera el tratamiento⁹⁴.

Con base en las pruebas recaudadas en el trámite de tutela, la Corte

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-887 de 2013, T-236 de 1996 y T-209 de 1999.

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencias T-887 de 2013 y T-209 de 1999. Esta afirmación debe ser entendida con base en el principio de reserva médica. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado necesario que la idoneidad y el tipo de tratamiento -incluyendo la forma de participación de la familia- deben ser determinadas por el médico tratante y, en ese sentido, mientras no exista concepto del especialista al respecto, al juez de tutela no le está dado ordenarlo (Cfr. Sentencias T-569 de 2005 y T-427 de 2005). Estas sentencias sostienen que la actuación del juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de derechos fundamentales del paciente, luego, el juez no puede valorar un tratamiento. Por ello, la condición esencial para que el juez ordene que se suministre un determinado procedimiento médico es que éste haya sido ordenado por el médico tratante (Cfr. T-234 de 2007). La reserva médica, de acuerdo con la jurisprudencia, se soporta en cuatro principios fundamentales. El primero consiste en un criterio de necesidad. Este afirma que el único con los conocimientos científicos capacitado para establecer cuando un tratamiento es necesario es el médico tratante. El segundo responde a un criterio de responsabilidad que se les imputa a los médicos cuando ordenan determinados tratamientos a sus pacientes. El tercero se trata de un criterio de especialidad. Este conlleva a que el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico. Finalmente, el cuarto criterio se denomina de proporcionalidad. Este consiste en que, sin perjuicio de los demás criterios, impone el deber al juez constitucional de proteger los derechos fundamentales de los pacientes. Al respecto véase la sentencia T-057 de 2012.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2012.

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia T-867 de 2008.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-867 de 2008.

consideró que el accionante no podía continuar con la totalidad del cuidado de la persona enferma y, en ese sentido, instó a la EPS y a la Secretaría de Salud a realizar procedimientos tales como nuevas valoraciones, examinar la posibilidad de internación o apoyo psicosocial⁹⁵.

De igual manera, mediante la sentencia T-458 de 2009⁹⁶, la Corte Constitucional estudió un caso de una persona de 25 años con “esquizofrenia paranoide”, quien violentaba de manera grave a la familia -lesiones personales e, incluso, una “*aberración del complejo de Edipo*” al evidenciarse agresiones sexuales a la mamá- y a la sociedad, razón por la cual, en diversas ocasiones solicitaron al hospital demandado la internación de esta persona en condición de discapacidad e, incluso, hubo abandono de esta persona por parte de la familia.

Esta Corte al recordar la responsabilidad compartida entre el Estado y los particulares en la recuperación de enfermos mentales crónicos -principio de solidaridad-⁹⁷ y, con base en el material probatorio, evidenció que i) existía una “*perturbadora*” relación entre la persona en condición de discapacidad, la familia y la sociedad; ii) por su condición económica y de salud hace parte de uno de los sectores más pobres y vulnerables de la población; iii) es un sujeto de especial protección; iv) no cuenta con una red familiar de apoyo que le brinde soporte emocional y económico para implementar un manejo farmacológico ambulatorio de su enfermedad; y v) la persona en condición de discapacidad hace parte del régimen subsidiado de salud⁹⁸.

Como consecuencia de lo anterior, este tribunal tuteló los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la integridad y a la vida en condiciones dignas de la persona en condición de discapacidad. Por ello, ordenó al Instituto Departamental de Salud de Nariño valorar psiquiátricamente a la persona discapacitada y le suministre tratamiento integral; de igual manera ordenó a la EPS a coordinar con la entidad que realizará la valoración psiquiátrica, con la finalidad de prestar de manera oportuna dicho deber y a la Alcaldía para que vincule al enfermo a programas de asistencia. Finalmente “*ordenó a la Comisaría de Familia a propiciar la reconstrucción de lazos familiares con su progenitora*”.

Igualmente, en dicha sentencia, la Corte consideró que, si bien la familia es la principal llamada a asistir a sus parientes enfermos, la carga debe ser establecida de cara con la naturaleza de la enfermedad que se enfrenta y

⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-867 de 2008.

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 2009.

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 2009.

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 2009.

teniendo en cuenta los recursos económicos y logísticos que se disponga⁹⁹.

Asimismo, mediante la sentencia T-057 de 2012¹⁰⁰, esta Corporación estableció que situaciones como *i*) el peligro de afectación de la integridad física y la vida de terceros¹⁰¹; *ii*) la ausencia total de compromiso familiar con el paciente¹⁰²; *iii*) las condiciones de pobreza en las que vive el/la peticionario/a¹⁰³; *iv*) la disponibilidad de recursos económicos para cubrir los costos de tratamiento¹⁰⁴; *v*) la naturaleza de la enfermedad que enfrenta el paciente¹⁰⁵; y *vi*) el concepto del médico tratante, entre otros, son criterios que ha valorado el juez constitucional para determinar cuál es el alcance que el principio de solidaridad debe tener en cada caso concreto¹⁰⁶.

Estas situaciones fácticas, las cuales deben ser tomadas en cuenta por parte del juez constitucional, implican que el deber de cuidado de la familia no es absoluto y, por tanto, cede cuando se presentan determinadas circunstancias justificadas que impedirían que la persona en condición de discapacidad no puede recibir el debido cuidado por parte de la familia¹⁰⁷ y, por tanto, se le asignaría una carga desproporcionada a los familiares que repercutiría en las condiciones de salud de las personas en condición de discapacidad.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a las personas con dificultades psíquicas, mentales o afectivas debe garantizárseles un tratamiento adecuado a su diagnóstico y que responda de manera proporcional a su nivel de deficiencia, procurando la mayor participación de la familia en su proceso, siempre y cuando la misma se considere posible y apropiada para la mejoría del paciente. De igual manera, debe considerarse que el cuidado de la persona en condición de discapacidad está en cabeza de sus allegados más próximos. Sin embargo, podría trasladarse a otros actores- entidades prestadoras del servicio de salud, sociedad o Estado- cuando circunstancias de orden personal, económico o social les impidan hacerse cargo de uno de sus miembros, siempre que el relevo de esta obligación esté justificado por motivos verificables e insalvables. Ello por cuanto, el desagrado o inconformidad de la familia para hacerse cargo del cuidado de las personas en condición de discapacidad no es suficiente justificación para apartarlo de su entorno

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-458 de 2009 y T-209 de 1999.

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2012.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2012.

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2012.

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2012.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2012.

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2012.

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2012.

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-887 de 2013, T-057 de 2012 y T-458 de 2009.

social y determinar apresuradamente su internación en una clínica o centro especializado¹⁰⁸.

Ante las especificidades de cada evento y los conflictos que puedan generarse, la labor del juez constitucional debe orientarse a observar con especial rigor el tratamiento que según el equipo terapéutico del paciente o el especialista tratante de este le prescribieron, y la forma en que sus parientes han de participar en el mismo. En estos eventos, el juez debe obtener *elementos de juicio médicos y psico-sociales autorizados* que le permitan tomar una decisión ajustada a los principios y derechos constitucionales.

En estos eventos, la interpretación del juez constitucional se basa en un ejercicio estricto de **armonización concreta**¹⁰⁹ de los derechos y las cargas que se encuentran en juego con la decisión terapéutica de reintegrar a un paciente al entorno social y al medio familiar, teniendo en cuenta las características de la enfermedad mental, la historia clínica del paciente, la posibilidad de que tenga recaídas imprevistas y la capacidad de manejo y cuidado de sus parientes¹¹⁰.

8. Solución del caso concreto

El presente caso gira en torno a los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de Cristian Felipe Ortiz Escobar quien fue diagnosticado con “*retraso mental, autismo y amaurosis bilateral*”¹¹¹ y cuenta con 26 años de edad. En razón de su diagnóstico, el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, a través del programa de Hospital día, prestó sus servicios de internación

¹⁰⁸ En consideración de la importancia del análisis de casos concretos, la Corte ha proferido decisiones en diversos sentidos. En efecto, en las sentencias T-124 de 2002 y T-209 de 1999, la Corte Constitucional afirmó el deber familiar sobre el cuidado de los enfermos mentales y no permitió en dichos casos la hospitalización de pacientes cuyo cuadro médico recomendaba el reintegro a sus hogares. Mientras que, por otra parte, las sentencias T-401 de 1992, T-851 de 1999 y T-1090 de 2004 evidencian que los familiares pueden ser relevados de la obligación de cuidar a sus familiares, ya sea porque deben soportar una carga desproporcionada económica, afectiva y físicamente hablando o porque evidencia un abandono total de la familia, lo cual está prohibido por parte de la Constitución Política de Colombia.

¹⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1995. Esta sentencia la Corte sostiene que “*el principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. En ese sentido, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por tanto, resolverse mediante ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de bienes contrapuestos, mediante concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad.*”

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1090 de 2004, reiterada en la sentencia T-458 de 2009.

¹¹¹ Cuaderno principal. Folio 1.

parcial aproximadamente por 5 años en el horario diurno, siendo retirado del mismo en septiembre del 2017 por parte del médico tratante y por valoración de la junta terapéutica que decidió su egreso del programa al no esperarse avances en su estado de salud, y además, sin brindarle alternativas reales para que Cristian no viera desmejorado su estado de salud, de modo que, el proceso de reintegro a la vida en sociedad y familiar se diera en condiciones dignas.

Ante esto, la EPS Comfamiliar, entidad a la cual se encuentra afiliado en régimen subsidiado Cristian, señaló su diligencia en autorizar las órdenes dadas por el médico tratante, y afirmó que correspondía a los mismos ordenar el procedimiento o tratamiento a seguir. Además, en sede de revisión manifestó que la EPS solo contaba con servicio habilitado para el programa Hospital Día en el Departamento, y que una segunda alternativa podía ser la IPS Potencial Humano siempre y cuando existiera prescripción médica por parte del médico especialista tratante y concertación con los especialistas de esa IPS¹¹².

En sede de revisión, se constató que Cristian Felipe había sido ingresado al programa de Hospital Día bajo la modalidad de 3 meses dentro del programa y los siguientes 3 meses por fuera, y así consecutivamente. Lo anterior, afirma la accionante, fue modificado por la atención sólo 3 días a la semana¹¹³. Con posterioridad se allegó oficio a esta Corporación, afirmando que se había dado el retiro de Cristian del programa de Hospital Día desde el 3 de marzo del presente año encontrándose a la fecha en absoluto cuidado de su madre¹¹⁴.

En sede de revisión, el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, a través la Psiquiatra del programa y médico tratante, señaló que dado *“el diagnostico de discapacidad se hacía poco viable otro tipo de progreso pues los síntomas cognitivos no son recuperables y son permanentes”*¹¹⁵. Afirmó que correspondía a la EPS brindar un sitio especializado, y que el paso a seguir solo era un tratamiento ambulatorio con control farmacológico y psicoterapéutico.

Resulta claro señalar que Cristian ha sido retirado varias veces del programa Hospital Día sin brindársele otras alternativas o medidas para su cuidado, dejándolo así bajo el total cuidado de su madre quien acude a la acción de tutela al no tener las condiciones económicas, familiares¹¹⁶ y

¹¹² Cuaderno de revisión. Folios 67-70.

¹¹³ Cuaderno de revisión. Folio 18.

¹¹⁴ Cuaderno de revisión. Folio 102.

¹¹⁵ Cuaderno de revisión. Folio 72.

¹¹⁶ Cuaderno de revisión. Folio 102.

necesarias para bríndarle a su hijo un cuidado digno y sin repercusiones negativas en sus avances de salud.

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad a lo mencionado en el presente fallo, la Sala Novena de Revisión entrará a resolver el siguiente problema jurídico: ¿Se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de Cristian Felipe Ortiz Escobar, diagnosticado con *retraso mental, autismo y amaurosis bilateral*, al ordenarse constantemente su retiro del programa *Hospital Día* sin especificar otras medidas idóneas para su recuperación?

En este orden de ideas la Sala debe determinar si *¿las razones expuestas por el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo a través del programa de Hospital día, tendientes al retiro del programa por cumplimiento de los objetivos y bajo el argumento de que los síntomas cognitivos no son recuperables va en contra de los derechos fundamental de Cristian Felipe Ortiz Escobar?*

De manera reiterada, la Corte se ha pronunciado respecto a la integralidad en la prestación del servicio de salud, ha señalado que *“la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones”*¹¹⁷

Del material probatorio obrante en el expediente, se tiene que, el concepto por parte de la Junta del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo –Empresa Social del Estado- donde se lleva a cabo el programa Hospital Día, se limitó a afirmar que no se podían seguir brindando los servicios por el cumplimiento de los objetivos del programa, y las pocas opciones de progreso debido a que los síntomas cognoscitivos de Cristian son permanentes y no son recuperables, remitiéndolo solo a un posterior control ambulatorio, farmacológico y psicoterapéutico¹¹⁸, sin establecer por medio de una valoración completa y pertinente el plan a seguir de manera integral que permitiera mantener los avances alcanzados por el programa.

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

¹¹⁸ Tercer Cuaderno. Folio 72.

De las conductas desplegadas por Hospital Día se tiene que las mismas no guardaron relación de continuidad con el servicio de salud, debido que en sede de revisión se constató que Cristian fue sometido a varios cambios abruptos referentes a su internación y egreso del programa, donde las modalidades fueron cambiantes, sometiéndose primero el servicio a 30 días, luego 3 meses por dentro y los siguientes 3 por fuera del programa, y por último se estableció un acuerdo donde 3 días de la semana estaría a cargo de Hospital Día y 2 días estaría en su casa¹¹⁹, finalizando en el retiro definitivo del programa el 3 de marzo del presente¹²⁰.

Lo anterior evidencia que: (i) El Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo a través del programa de Hospital Día no brindó una alternativa de rehabilitación o paliación que tratara de manera integral y continua las condiciones físicas, mentales, sociales y familiares de Cristian; (ii) Hospital Día consideró que se habían cumplido con los objetivos del programa, sin explicar a fondo por qué el mismo no resultaba idóneo o suficiente, cuando lo que se demuestra por parte de las manifestaciones de la madre es que al estar por mucho tiempo retirado del mismo, Cristian muestra conductas agresivas y su estado de salud empieza a deteriorar¹²¹, (iii) al dejar por fuera del programa a Cristian, bajo el absoluto cuidado de su madre, sobrecargó a la misma en el deber de cuidado dejando por fuera que el tratamiento integral también comprende el acompañamiento de las familias; (iv) la IPS afirmó que por las patologías permanentes de Cristian se hacía imposible otro tipo de avance, pero al afirmar esto, omitió que los servicios de salud cuando son integrales comprenden los tratamientos tendientes a paliar y mantener los avances en el estado de salud, y en “*efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida*”¹²²; (v) uno de los argumentos de la IPS es que correspondería a la EPS brindar las opciones y tratamientos con otras IPS con las que tenga contrato, y a esto resume el no dar otras alternativas, lo anterior demuestra claramente que la misma no puede fragmentar la responsabilidad en la prestación del servicio de salud específico en desmedro de la salud de Cristian, debido a que correspondía a la IPS comunicar a la EPS el cumplimiento de los objetivos del programa, así como la necesidad de encontrar un programa alternativo para mantener los resultados logrados.

Por lo cual resultaba necesario que se estableciera por parte del *Hospital Universitario Hernando Moncaleano* por medio de *Hospital Día*, el

¹¹⁹ Cuaderno de revisión. Folio 18.

¹²⁰ Cuaderno de revisión. Folio 102.

¹²¹ Cuaderno de revisión. Folio 102.

¹²² Ley 1306 de 2009.

estudio de manera integral de las condiciones sociales y familiares de Cristian con relación a su diagnóstico médico, para así, establecer las medidas tendientes a su recuperación o a mantener los avances logrados en el programa.

Respecto a la EPS-S, la Sala de Revisión encuentra que, a pesar de la falta de prestación del servicio de salud de manera integral y continua por parte de la IPS, como se mencionó con anterioridad, la EPS siempre procuró autorizar las órdenes emitidas para que Cristian recibiera los servicios ordenados por su médico tratante, además la EPS señaló que, como alternativa del servicio de *Hospital Día*, podía acceder al programa de la IPS Potencial Humano, siempre y cuando existiera orden vigente de médico tratante¹²³.

Corolario a lo anterior, se evidencia si bien que la EPS autorizó debidamente los servicios médicos ordenados por los médicos tratantes, dentro de las obligaciones de las EPS se desprende como regla general, de conformidad con el literal e, del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, el deber de cumplir con la obligación de asegurar y administrar la prestación del servicio de salud de las instituciones prestadoras de servicios, bajo los principios de integralidad y continuidad.

Por lo cual, la prestación del servicio de salud requiere un trabajo conjunto de las EPS-S y de las IPS con las que tiene vinculación, con la finalidad de garantizar la prestación del servicio de salud de manera integral. Por consiguiente, el deber de las EPS-S en la prestación del servicio de salud no se agota en la autorización de ordenes médicas, si no en asegurar junto con las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud el trazar las rutas o planes pertinentes para que la atención sea eficiente e integral, aún más cuando se trata de atenciones esenciales para sujetos de especial protección constitucional.

Por lo tanto, los deberes y obligaciones de las EPS-S por medio de sus IPS, consisten en prestar los servicios de salud de manera integral y continua, y en el presente caso de conformidad con la Ley 1616 de 2013, se requiere que las mismas brinden alternativas amplias, que involucren aspectos físicos, mentales, sociales, familiares, psicológicos diferentes a la simple internación, con el objetivo de garantizar el mayor grado de salud posible y una vida en condiciones dignas.

Para esto, como lo mencionó en su intervención el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social -Paiis-, los servicios integrales de

¹²³ Cuaderno de revisión. Folios 67-70.

salud no pueden reducirse a los servicios de internamiento. Existen otras alternativas, diferentes a la internación parcial que, de acuerdo al modelo social de la discapacidad, pueden maximizar las potencialidades de estas personas e incluso propender por que las mismas puedan desarrollar o tener un plan de vida en condiciones de independencia. En este sentido, el comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha señalado que el internamiento prolongado o institucionalización termina por segregar y excluir a las personas con discapacidad, creando una barrera para su desarrollo autónomo e independiente¹²⁴.

Por lo que, en cumplimiento de las obligaciones enunciadas de las EPS en trabajo conjunto con las IPS, en el presente caso se debieron ofrecer otro tipo de alternativas y adelantar todas las funciones administrativas tendientes a que la prestación se hiciera efectiva de manera integral y continua, ya fuera por medio de una nueva valoración que comprendiera el componente interdisciplinar, y que permitiera establecer la ruta necesaria para que la prestación en el servicio se diera de manera integral, y no someter a Cristian a perjuicios en su salud por la falta de coordinación administrativa entre las entidades.

Adicionalmente, resulta claro precisar que el reducir el tratamiento a seguimiento ambulatorio con control farmacológico y psicoterapéutico bajo el cuidado de la madre, sin emitir en el mismo un concepto médico claro e integral, donde también se estableciera la condición social, psicológica y familiar que le permitiera reintegrarse totalmente a la sociedad y a su familia bajo condiciones dignas y seguras para su salud, resulta ser una carga totalmente desproporcional para la madre que además repercute negativamente en los avances positivos en la salud de Cristian.

En el presente asunto, resultaría excesivo transferir toda la carga de cuidado a la madre, en razón a que: (i) es madre soltera y cabeza de hogar¹²⁵, (ii) su condición económica es precaria, su sustento depende de la venta de víveres en una tienda, (iii) no cuenta con una red familiar de apoyo para atender las necesidades de su hijo en condiciones dignas; (iv) en razón a la naturaleza de su enfermedad, no cuenta con las condiciones adecuadas para garantizar que la calidad de salud de su hijo no desmejore; (v) y que su proyecto de vida se vería interrumpido totalmente.

Por lo cual, en ejercicio del principio de *armonización concreta*¹²⁶

¹²⁴ Tercer cuaderno. Folio 89.

¹²⁵ Cuaderno de revisión. Folio 102.

¹²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1995. Esta sentencia la Corte sostiene que “*el principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. En ese sentido, el interprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de*

teniendo claridad de las condiciones especiales en la salud de Cristian, su necesidad de un adecuado reintegro al entorno social y familiar, se puede afirmar que más allá de que su patología no tenga “reversa”, de conformidad con los derechos de las personas con discapacidad, el médico tratante debe hacer un examen completo de todas las características de la enfermedad mental y la posibilidad de recaídas a raíz del total egreso del programa, no solo centrándose en un concepto médico, sino social, donde se evalúe también la capacidad de manejo y cuidado por parte de su familia, en este caso su madre, quien no cuenta con las condiciones sociales, económicas y familiares para asumir el total cuidado de su hijo.

Ante la presencia de las situaciones mencionadas, la Corte ha manifestado que el deber de cuidado de la familia no es absoluto y, por tanto, cede cuando se presentan determinadas circunstancias justificadas que impedirían que la persona en condición de discapacidad no pueda recibir el debido cuidado por parte de la familia¹²⁷ y, por tanto, se le asignaría una carga desproporcionada a los familiares que repercutiría en las condiciones de salud de las personas en condición de discapacidad.

Por lo que la Sala considera que en virtud del principio de solidaridad, las IPS y EPS deben realizar las valoraciones y asignación de alternativas a través de una valoración elaborada por un grupo interdisciplinario, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 1616 de 2013¹²⁸, en relación con el estudio de las condiciones sociales y familiares, en donde el reintegro a la sociedad y la familia no afecten los avances obtenidos, ni se termine imponiendo una carga desproporcional respecto al cuidado del mismo a su madre, quien no cuenta con las condiciones económicas, sociales y culturales para poder brindar los cuidados necesarios que requiere su hijo.

Resulta importante concluir afirmando que, de conformidad con lo establecido en la Observación General N° 1 del 2014 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los apoyos brindados a las personas en condición de discapacidad y *su implementación* deben ser consultadas y

forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por tanto, resolverse mediante ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de bienes contrapuestos, mediante concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad.”

¹²⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-887 de 2013, T-057 de 2012 y T-458 de 2009.

¹²⁸ Los equipos interdisciplinarios estarán conformados por: Psiquiatría, Psicología, Enfermería, Trabajo Social, Terapia Ocupacional, Terapia Psicosocial, Médico General, entre otros profesionales, atendiendo el nivel de complejidad y especialización requerido en cada servicio de conformidad con los estándares que para tal efecto establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.

contar con su participación¹²⁹.

Lo anterior, según el numeral 2° del artículo 6° de la Ley 1616 de 2013, dentro de los derechos de las personas con discapacidad está el de “*recibir información clara, oportuna, veraz y completa de las circunstancias relacionadas con su estado de salud, diagnóstico, tratamiento y pronóstico, incluyendo el propósito, método, duración probable y beneficios que se esperan, así como sus riesgos y las secuelas, de los hechos o situaciones causantes de su deterioro y de las circunstancias relacionadas con su seguridad social*”.

Por lo cual, en el presente asunto al ser Cristian un sujeto de plenos derechos, que además goza de especial protección constitucional, resulta necesario que todos los procedimientos, tratamientos y demás actividades relacionadas con su estado de salud, sean informadas de manera amplia y clara con el fin de contar con la manifestación de la voluntad de Cristian para los procedimientos o tratamientos que requiera. Por lo que se tendrán que poner a su disposición todas las herramientas y medios para que pueda ejercer sus derechos, eliminando todas las barreras que lo impidan¹³⁰.

Así las cosas, la Sala concluye que se vulneraron los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida en condiciones dignas de

¹²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-182 de 2016. Asimismo, dentro de esta línea, la jurisprudencia constitucional, con base en la en el Comité DPD, ha sostenido que todo sistema de apoyo debe incluir: **i)** el apoyo para la adopción de decisiones libres; **ii)** todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de las personas, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo; **iii)** el modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas; **iv)** las personas encargadas del apoyo que haya escogido la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de las personas concernidas; **v)** con la finalidad de proporcionar el acceso al apoyo necesario, los Estados partes deben velar porque las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuito. Asimismo, la falta de recursos financieros no debe ser un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica; **vi)** el apoyo en la adopción de la decisión no debe utilizarse como justificación para restringir otros derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, especialmente el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio o a establecer una unión civil y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad; **vii)** la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento; **viii)** debe establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, con el objetivo de garantizar el respeto de la voluntad y las preferencias de las personas en condición de discapacidad; y **ix)** la prestación del apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo.

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-182 de 2016, T-1021 de 2003, T-823 de 2002, T-401 de 1994, T-850 de 2002, T-248 de 2003 y T-740 de 2014.

Cristian Felipe Ortiz Escobar por parte del Hospital Universitario Hernando Moncaleano, por lo cual, entrará la Corte Constitucional a revocar los fallos de primera y segunda instancia y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales del accionante.

Además, se ordenará a la EPS Comfamiliar, con base en su obligación de prestar los servicios de salud de manera integral, que a través de un grupo interdisciplinario distinto a los médicos tratantes de *Hospital Día*, realicen una valoración integral donde se tengan en cuenta las condiciones de salud, socio-económicas, psicológicas y familiares de Cristian, para poder brindar efectivamente un tratamiento acorde a sus necesidades, sin imponer totalmente el cuidado a la señora María Consuelo Escobar García. Una vez obtenida la valoración y las pautas a seguir deberán informarse a Cristian las mismas, para que pueda expresar por los medios necesarios su consentimiento.

Así mismo, se ordenará a Hospital Día el ingreso inmediato de Cristian al programa, mientras se realiza el diagnóstico por parte de Comfamiliar y se establece el tratamiento a seguir, esto en razón a que no se sigan deteriorando los avances en su salud y se proteja de manera inmediata sus derechos fundamentales. Para asegurar el cumplimiento de estas órdenes se ordenará a la Secretaría de Salud Departamental del Huila, que haga seguimiento al presente caso.

9. Síntesis de la decisión

La Sala Novena de Revisión analiza el caso de Cristian Felipe Escobar Ortiz, quien tiene 26 años de edad y fue diagnosticado con “*retraso mental, autismo y amaurosis bilateral*”¹³¹, debido a ello estuvo internado parcialmente en el programa Hospital Día por aproximadamente 5 años, ordenándose su egreso al considerarse que se habían cumplido con los objetivos del programa, y sin otorgarse por parte del Hospital Universitario Hernando Moncaleano ni la EPS Comfamiliar, alternativas distintas a la internación, para que su estado de salud no se viera desmejorado, y para que su proceso de reintegro a la sociedad y a la familia se diera de manera digna.

Debido a lo anterior, la madre de Cristian Felipe Ortiz Escobar, formuló acción de tutela contra el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo -Hospital Día-, solicitando la protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social e igualdad de su hijo, debido a que el retiro del programa

¹³¹ Cuaderno principal. Folio 1.

ponía en situación de riesgo la salud de su hijo y los avances logrados, además de no contar con las condiciones adecuadas para darle un cuidado digno. Pese a ello, el juez de primera “negó” el amparo asegurando que no existían ordenes vigentes; durante el trámite de la tutela, en la impugnación, la madre anexó autorización para internar a Cristian en el programa por 30 días. Ante lo anterior el juez de segunda instancia confirmó.

En sede de revisión, la EPS Comfamiliar afirmó que siempre se habían autorizado los tratamientos que el médico tratante ordenara, y que solo contaba con una IPS activa, Hospital Día y que la IPS Potencial Humano solo podría ofrecerse en el caso que un médico tratante lo ordenara¹³². Así mismo Hospital Día manifestó que Cristian no tendría más avances debido al estado irreversible de su enfermedad, y que por cumplimiento del programa requería de otro diferente, sin especificar cuál debía ser brindado por su EPS.¹³³

En sede de revisión, se logró demostrar que Cristian fue objeto de múltiples cambios abruptos y discontinuos en la prestación de salud, en primera medida se acordó internarlo por 3 meses y otros 3 meses por fuera y así consecutivamente, y el último acuerdo consistió en 3 días de la semana en Hospital Día y 2 días por fuera, hasta que el 3 de marzo se dio su retiro de nuevo y en la actualidad se encuentra bajo el cuidado de su madre¹³⁴.

En primera medida, la Sala considera que la acción de tutela es procedente, dado que el mecanismo que se podría adelantar ante la Superintendencia Nacional de Salud resultaría *ineficaz* para la protección de las garantías de Cristian, quien es sujeto de especial protección constitucional y se ha visto expuesto a innumerables interrupciones en sus tratamientos y a la falta de prestación del servicio de salud de manera integral y continua.

En consecuencia, aborda su estudio de fondo con base en: (i) Derecho fundamental a la salud de las personas en situación de discapacidad bajo los principios de integralidad y continuidad, (ii) el derecho a información clara y el consentimiento informado de personas con discapacidad, (iii) el deber de solidaridad en el cuidado de las personas en condición de discapacidad y, (iv) la solución del caso concreto.

Como reglas jurídicas para decidir este caso, la Sala destaca que diferentes fuentes jurídicas a nivel internacional y nacional, como lo es la

¹³² Cuaderno de revisión. Folio 70.

¹³³ Cuaderno de revisión. Folios 71-72.

¹³⁴ Cuaderno de revisión. Folio 102.

Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, reconocen que las IPS no pueden supeditar los servicios al aparente cumplimiento de los objetivos de los programas sin realizar un estudio a fondo de las condiciones sociales, psicológicas y familiares que permita establecer las medidas pertinentes para que Cristian goce del mayor estado de salud posible en condiciones dignas.

De la misma forma, las EPS deben prestar los servicios de salud de manera integral y continua, por lo que deberán trabajar conjuntamente con las IPS por medio de las cuales prestan los servicios de salud para garantizar la continuidad e integralidad en la rehabilitación y tratamiento de las personas con discapacidad de manera completa, ofreciendo soluciones conjuntas con las IPS orientadas a ofrecer un tratamiento integral teniendo en cuenta los aspectos físicos, mentales, sociales, familiares, psicológicos, de conformidad con la Ley 1616 de 2013, y diferentes a la simple internación.

Por lo cual, en virtud de la atención integral, la EPS como asegurador debe garantizar a las personas con discapacidad física, mental o sensorial, la atención en salud de la manera más óptima para que las mismas puedan vivir en la sociedad manera digna y con el mayor grado de salud posible.

Además, las anteriores valoraciones y decisiones deben tener en cuenta que en virtud del principio de solidaridad, las IPS y EPS deben realizar las valoraciones y asignación de alternativas en relación con el estudio de las condiciones reales sociales y familiares, en donde el reintegro a la sociedad y la familia no afecten los avances logrados, ni se imponga una carga desproporcional e imposible respecto al cuidado del mismo a su madre, quien no cuenta con las condiciones económicas y sociales para poder brindar los cuidados necesarios para la patología de su hijo.

Así las cosas, se concluye que: (i) el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de Cristian Felipe Ortiz Escobar y, (ii) que le corresponde a la EPS-S Confamiliar la obligación de ofrecer la atención integral del servicio de salud a Cristian, en trabajo conjunto con la IPS.

En consecuencia, la Sala ordenará: (i) a Comfamiliar EPS que realice un diagnóstico interdisciplinario e integral a Cristian Felipe Ortiz Escobar con un equipo de profesionales distinto a quienes ya han atendido su caso, con el fin de analizar detalladamente sus condiciones de salud, socio-económicas y familiares; y así determinar y brindar los tratamientos que debe recibir en el corto, mediano y largo plazo, con base en las distintas

alternativas previstas en la Ley 1616 de 2013 y el propósito de permitir su inclusión a la sociedad en condiciones de dignidad, (iii) ordenar al Hospital Universitario el ingreso de Cristian Felipe Ortiz Escobar al programa “*Hospital Día*”, mientras se da cumplimiento a las órdenes anteriores y se determina cuál es la mejor alternativa de tratamiento para el accionante.

Por último, resulta relevante que en el presente asunto para los procedimientos o tratamientos que con posterioridad se ordenarán a Cristian, se debe contar con la manifestación de su voluntad, donde se informe de manera clara todas las medidas a tomar, sus implicaciones y riesgos, en razón a que son sujetos de plenos de derechos que gozan de una protección especial por parte de la Carta Política.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso de tutela.

Segundo. REVOCAR las sentencias proferidas el 20 de junio de 2018, por el Juzgado Octavo Municipal de Neiva, en primera instancia, y el 31 de julio de 2018, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esa misma ciudad, en segunda instancia, las cuales negaron el amparo invocado por María Consuelo Escobar García, en calidad de agente oficiosa de su hijo, Cristian Felipe Ortiz Escobar, contra el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de Cristian Felipe Ortiz Escobar.

Tercero. ORDENAR a Comfamiliar EPS-S que, en un término no mayor a quince (15) días, contado a partir de la notificación de esta providencia, realice un diagnóstico interdisciplinario e integral a Cristian Felipe Ortiz Escobar con un equipo de profesionales distinto a quienes ya han atendido su caso, con el fin de: (i) analizar detalladamente sus condiciones de salud, socio-económicas y familiares; y, (ii) determinar cuáles son los tratamientos que debe recibir en el corto, mediano y largo plazo, con base en las distintas alternativas previstas en la Ley 1616 de 2013 y el propósito de permitir su inclusión a la sociedad en condiciones de dignidad.

Los anteriores procedimientos y/o tratamientos que Cristian Felipe Ortiz Escobar vaya a recibir, deberán contar con su consentimiento libre e informado, por lo que se tendrán que poner a su disposición todas las herramientas y medios necesarios para que pueda ejercer sus derechos.

Cuarto. ORDENAR a Comfamiliar EPS-S que, con base en el diagnóstico previsto en el punto resolutivo anterior, de inmediato brinde a Cristian Felipe Ortiz Escobar un tratamiento integral que: (i) tome en consideración sus condiciones de salud, socio-económicas y familiares; y, (ii) responda a su evolución clínica y no a obstáculos innecesarios y adicionales en los convenios existentes entre la entidad y las diferentes instituciones prestadoras de salud (IPS).

Quinto. ORDENAR al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva que, en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, a partir de la notificación de esta providencia, disponga el ingreso de Cristian Felipe Ortiz Escobar al programa “*Hospital Día*”, mientras se da cumplimiento a las órdenes anteriores y se determina cuál es la mejor alternativa de tratamiento para el accionante.

Sexto. ADVERTIR al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva que, en lo sucesivo, se abstenga de proferir órdenes de egreso a sus pacientes sin considerar previamente sus condiciones socio-económicas y familiares, así como la posibilidad de que estos desmejoren en su estado de salud.

Séptimo. ORDENAR a la Secretaría de Salud Departamental del Huila que, de conformidad con sus competencias, acompañe y verifique el cumplimiento efectivo de las órdenes dictadas en esta providencia.

Octavo. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado
Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-339/19**

Expediente: T-7.024.539

Accionante: María Consuelo Escobar
García, agente oficiosa de Cristian
Felipe Ortiz Escobar

Accionado: Hospital Universitario
Hernando Moncaleano Perdomo de
Neiva

Magistrado ponente: Alberto Rojas
Ríos

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Novena de Revisión de la Corte, suscribo este salvamento de voto en relación con la sentencia de la referencia, la cual: (i) revocó las sentencias de instancia y concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas del agenciado; (ii) ordenó a Comfamiliar EPS-S realizar un diagnóstico interdisciplinario y brindar el tratamiento integral correspondiente al agenciado; (iii) ordenó al Hospital Universitario Hernando Moncaleano autorizar el ingreso del agenciado al “*Hospital día*”, mientras se define su tratamiento integral, (iv) advirtió al Hospital Universitario Hernando Moncaleano abstenerse de proferir decisiones de egreso, sin considerar las condiciones de los pacientes y la posibilidad de que estos desmejoren, y (v) ordenó a la Secretaría de Salud Departamental del Huila acompañar el cumplimiento de las órdenes impartidas. Me aparto de lo resuelto en la sentencia, pues (i) se confunde el cambio de tratamiento con la violación de los derechos fundamentales del agenciado y (ii) las órdenes proferidas constituyen una intervención desproporcionada en relación con el tratamiento médico de Cristian Felipe Ortiz Escobar.

Sobre lo primero, la sentencia desconoce que al agenciado no se le retiró de forma abrupta del “*Hospital Día*”, sino que, según el concepto de la médico tratante, esta modalidad de atención cumplió sus objetivos en el paciente, quien ha recibido ese servicio por cinco (5) años. En ese sentido, la sentencia confunde el cambio en el tratamiento médico de Cristian

Felipe Ortiz Escobar con la violación de sus derechos a la salud y a la seguridad social, e ignora que (i) el “Hospital Día” no es un servicio de larga estancia¹³⁵, por lo que no le asiste la obligación a los accionados de mantener dicho tratamiento de forma indefinida, y (ii) la médico tratante sugirió un nuevo tratamiento, consistente en manejo psicofarmacológico y terapias ocupacionales¹³⁶. En suma, el proyecto promueve una concepción ilimitada de la continuidad de ciertos servicios como el “Hospital Día”, por considerar que este ha demostrado resultados positivos para el caso del paciente, y omite que el médico puede ajustar el tratamiento brindado al paciente, dentro de un margen de razonabilidad, sin que esto implique una vulneración del derecho a la salud o a la continuidad del tratamiento.

Sobre lo segundo, considero que las órdenes proferidas reemplazan el criterio del profesional médico del caso lo cual, a mi juicio, resulta desproporcionado, máxime cuando no se encuentra siquiera demostrado que el nuevo tratamiento sugerido por la médico tratante carezca de idoneidad, dadas las características sociales, familiares y culturales del paciente. En adición, se desconoce que el paciente no ha dejado de recibir atención médica, como se encuentra acreditado en el expediente, sino que existe una inconformidad por parte de la tutelante respecto de la suspensión del “Hospital Día”, dadas las dificultades que, según manifestó, enfrenta como cuidadora de Cristian Felipe Ortiz Escobar.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

¹³⁵ Cno. 3, fl.38.

¹³⁶ Cno. 3, fl. 72 y Cno. 3, fl. 71.