

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL Sala Séptima de Revisión

SENTENCIA T-373 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.349.756

Acción de tutela interpuesta por *Juana*,
representante legal de *Juan*, en contra de
Famisanar EPS

Magistrada sustanciadora:
**PAOLA ANDREA MENESES
MOSQUERA**

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, así como por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA¹

En el trámite de revisión del fallo del 9 de marzo de 2023, adoptado por el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de tutela de la referencia, pues, de un lado, se ampararon los derechos fundamentales del menor *Juan*, presuntamente vulnerados por EPS Famisanar SAS (desde aquí, Famisanar o la EPS), pero, de otro, se negó la pretensión de autorizar el tratamiento para el cáncer en una institución especializada en Barcelona, España².

¹ El presente caso se relaciona con la posible vulneración de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, conforme a la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Corte Constitucional, la Corte emitirá dos versiones de esta providencia. Una, en la que se anonimizará el nombre de los menores de edad y será la versión que se dispondrá para el público, y otra, que contendrá los datos reales, la cual formará parte del expediente para conocimiento exclusivo de las partes.

² El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante auto del 30 de mayo de 2023, dictado por la Sala de Selección Número Cinco, conformada por la magistrada Natalia Ángel Cabo y el doctor Juan Carlos Cortés González, con fundamento en el criterio objetivo “Necesidad de pronunciarse sobre determinada línea jurisprudencial, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional” y el criterio subjetivo “urgencia de proteger un derecho fundamental”.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. *Juan* nació el 18 de marzo del año 2012. Para el momento en el que se inició el proceso de amparo de la referencia, el niño tenía 10 años y se encontraba afiliado a la EPS Famisanar, en calidad de beneficiario. Su núcleo familiar lo componen la madre, *Juana*; la pareja actual de esta última, quien se dedica a conducir un vehículo de transporte público; y una niña menor de tres años. El padre biológico de *Juan* no responde por sus obligaciones legales, según se dijo en la demanda de tutela.

2. El 16 de junio de 2021, *Juan* fue diagnosticado con *leucemia linfoblástica aguda*. Dos días después se inició el tratamiento con *quimioterapia* en el Hospital la Misericordia en la ciudad de Bogotá. Sin embargo, luego de 16 meses de tratamiento, el menor sufrió una “*recaída medular aislada muy temprana*”³. Por esta razón, los médicos tratantes recomendaron intentar con el *trasplante de médula ósea*.

3. El 11 de enero de 2023⁴, la Junta Médica del Hospital la Misericordia, en la que participaron galenos especialistas en hematología y trasplantes, concluyó que no existía alguna opción curativa disponible, pues ya “*se ha[bían] agotado las estrategias quimioterapéuticas para intentar llevar al paciente a una remisión completa que permita la consolidación del tratamiento con un trasplante (...)*”⁵. En consecuencia, los doctores reorientaron el tratamiento hacia el cuidado paliativo del menor, así como hacia el acompañamiento de la familia. La señora *Juana* informó que este diagnóstico fue confirmado por médicos de la Clínica Imbanaco en Santiago de Cali, Valle del Cauca.

4. La madre de menor solicitó la opinión de los médicos del Hospital *Sant Joan de Déus*, ubicado en Barcelona, España. Según lo que ella manifiesta, en dicha institución le informaron que allí “*existen los procedimientos para atender la grave situación de [Juan]*”⁶. Particularmente, se le habría informado de la inmunoterapia denominada *Cart-KYMRIAH*⁷. Este tenía costo aproximado a los seiscientos mil dólares (USD \$600.000), sin incluir los gastos de transporte.

5. El 20 de febrero de 2023, en ejercicio del derecho fundamental de petición, *Juana* (madre) le solicitó a la EPS Famisanar que se “*efectuara[n] todos los trámites necesarios para el traslado de [su] menor hijo al Hospital de niños «Sant Joan de Déus» de la ciudad de Barcelona, España*”⁸. La señora *Juana* le pidió a la EPS tener en cuenta que el tratamiento requerido es un “*procedimiento con innegable efectividad para combatir la leucemia*

³ Escrito de contestación de la Fundación Hospital de la Misericordia, p. 7.

⁴ Cfr. historia clínica aportada con la demanda de tutela (p. 2).

⁵ Ib.

⁶ Demanda de tutela, p. 3.

⁷ Sobre el particular, se puede consultar el siguiente enlace Web: https://www.ema.europa.eu/en/documents/product-information/kymriah-epar-product-information_es.pdf

⁸ Escrito aportado con la demanda de tutela (p. 1).

linfoblástica aguda -LLA- en pacientes pediátricos (...)”⁹. Adicionalmente, solicitó valorar que no puede asumir los costos del tratamiento.

6. Mediante escrito sin fecha, la EPS Famisanar le informó a la accionante que la solicitud no era viable. Esto, porque el derecho fundamental a la salud se protege teniendo en cuenta “*el principio de territorialidad establecido en la Ley 100 (...) [que] define la responsabilidad del Estado de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social*”¹⁰.

2. Solicitud y trámite de tutela

7. *Solicitud de tutela.* El 27 de febrero de 2023, Juana, en representación de su hijo menor de edad, Juan, presentó acción de tutela en contra de Famisanar. En su criterio, la EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, igualdad, seguridad social y el que denominó “*derecho a la especial protección para personas en condición de indefensión*”. En consecuencia, pidió que se le ordenara a la demandada adelantar “*los contactos, solicitudes, gestiones, procedimientos, acuerdos y demás actuaciones administrativas necesarias para el traslado o remisión (transporte medicalizado) en condiciones adecuadas a su requerimiento clínico y atención hospitalaria integral en compañía de [la] madre al Hospital de niños «Sant Joan de Déus» de la ciudad de Barcelona, España, o alguna otra institución del extranjero con fines curativos, no paliativos, en donde con posibilidad de éxito se le puede seguir tratando de manera integral [la] grave enfermedad, con la intención de lograr su curación (...)*”¹¹.

8. Para sustentar sus razonamientos, la accionante señaló que (i) Juan estaba *ad portas* de la muerte, dada la gravedad del tipo de cáncer que padecía; (ii) la agresividad y velocidad con la que atacó el cáncer no daba margen de espera; (iii) el tratamiento indicado para salvar la vida del menor no estaba disponible en el país, por lo que la única alternativa era remitirlo a una institución foránea con la capacidad necesaria para llevar a cabo el tratamiento curativo que recomendaron los médicos del hospital en Barcelona (*supra* f. 4); y (iv) aunque el legislador estableció el *principio de territorialidad*, la jurisprudencia constitucional¹² ha reconocido que es viable autorizar tratamientos fuera del país, siempre que se cumplan unas exigencias en concreto. Con todo, la accionante no explicó las razones por las que consideraba acreditadas tales exigencias, en el entendido de que se limitó a insistir en la gravedad de la enfermedad y el riesgo en el que se encontraba su hijo.

9. *Solicitud de medidas provisionales.* Amparada en la gravedad de la situación, Juana solicitó que se ordenara llevar a cabo un comité técnico y científico para estudiar el caso de Juan y “*(...) especificar si existe en el país el tratamiento e institución para atender su estado de salud con fines curativos (...)*”¹³. Adicionalmente, la señora Juana pidió que se ordenara a la EPS remitir comunicación al Hospital Sant Joan de Déus (Barcelona, España),

⁹ Ib.

¹⁰ Escrito aportado con la demanda de tutela (p. 1).

¹¹ Demanda de tutela, pp. 4 y 5.

¹² Se hizo referencia a las sentencias SU-819 de 1999, C-313 de 2014, T-057 y T-214 de 2015.

¹³ Demanda de tutela, p. 7.

con el objeto de informarle que la EPS se comprometía a asumir los gastos del tratamiento medico objeto de la controversia.

10. *Admisión, vinculaciones y medidas provisionales.* El 27 de febrero de 2023, el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá admitió la demanda de tutela y corrió traslado de la misma a las partes, por el término de 2 días. Asimismo, vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres), a la Fundación Hospital de la Misericordia, la Clínica Imbanaco S.A.S., al Hospital *Sant Joan de Déus*¹⁴, a la Secretaría de Salud del Distrito Capital de Bogotá y al Ministerio de Salud y de la Protección Social. Adicionalmente, mediante auto del 1º de marzo de 2023, se vinculó a la Asociación Colombiana de Hematología y Oncología Pediátrica y al Instituto Nacional de Cancerología.

11. El juez de tutela de primera instancia accedió parcialmente a la solicitud de medidas provisionales. Por una parte, le ordenó a la EPS accionada que procediera a “*garantizar de manera prioritaria, preferente y expedita, el CUIDADO PALIATIVO del niño (...), sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten el acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud del menor en cuestión*”¹⁵. Por otro lado, el *a quo* consideró que en el expediente no reposan los elementos de juicio necesarios para ordenar que se autorice el tratamiento en Barcelona. Adicionalmente, el juez de tutela tomó en cuenta que esta pretensión se tenía que resolver al dictar sentencia, no como medida provisional.

12. *Respuestas de la demandada y las autoridades y sociedades vinculadas.* La siguiente tabla sintetiza las respuestas recibidas durante el trámite de instancia:

Respuesta	
EPS Famisanar SAS (accionada)	Solicitó que no se accediera a las pretensiones de la demanda de tutela. Para tales fines, aseguró que le ha brindado tratamiento integral al menor, como, en su criterio, la madre del menor lo reconoce expresamente. Adicionalmente, informó cuáles fueron las medidas adelantadas para acatar la medida provisional decretada para garantizar los cuidados paliativos del menor (<i>supra</i> fj. 11), pero aclaró que la accionante ha manifestado no estar de acuerdo con recibir tales cuidados, pues insiste en que se autorice el tratamiento en Barcelona. Por otro lado, la EPS señaló que no existe una orden médica en la que se haya prescrito el tratamiento objeto de la demanda de amparo. Agregó que, de todos modos, el tratamiento no puede ser financiado con los recursos públicos asignados al <i>Sistema General de Seguridad Social en Salud</i> por medio de la <i>Unidad de Pago por Capitación</i> (Resolución 2808 de 2022). Por último, precisó que no están dadas las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional para “ <i>inaplicar</i> ” las normas que limitan la cobertura territorial de los servicios de salud.
Administradora de los Recursos del Sistema General de	Alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en que la EPS es la competente para la prestación de los servicios de salud. Agregó que tampoco ejerce funciones de control y vigilancia de las EPS. Además, pidió que se negara cualquier tipo de solicitud

¹⁴ Para tales fines, se solicitó el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sin embargo, la entidad devolvió la solicitud sin tramitar, debido a que “*(...) lo requerido, excede las facultades provistas a los agentes consulares, de acuerdo con la Convención de Viena de Relaciones Consulares de 1961*”.

¹⁵ Auto del 27 de febrero de 2023, fl. 3.

Seguridad Social en Salud (Adres)	eventual tendiente a autorizar recobros por parte de la EPS accionada. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad solicitó que se “modulara” la decisión a adoptar, de tal forma que no resultare comprometida la estabilidad del <i>Sistema General de Seguridad Social en Salud</i> .
Clínica Imbanaco	Informó que <i>Juan</i> no ha sido tratado en la Clínica. Aclaró que es posible que el menor hubiere sido valorado en el consultorio particular de alguno de los médicos que trabajan en la Institución.
Fundación Hospital la Misericordia	Manifestó los aspectos generales del historial clínico de <i>Juan</i> y solicitó ser desvinculada del proceso. Para tales fines, aseguró que la competencia para autorizar el tratamiento en Barcelona recae en la EPS del paciente.
Secretaría Distrital de Salud de Bogotá	Aseguró que no tiene conocimiento de los hechos objeto de la demanda de tutela. Agregó, con fundamento en lo anterior, que no ha vulnerado los derechos fundamentales del menor. Aclaró que la competencia para la prestación de los servicios médicos solicitados es de la EPS Famisanar, debido a que la accionante y el hijo son sus afiliados. Por lo anterior, pidió ser desvinculada del trámite de amparo.
Superintendencia Nacional de Salud	Afirmó que no está legitimada en la causa por pasiva, por lo que pidió ser desvinculada del proceso. Señaló que no es competente para acceder a lo pretendido por la accionante, pues dicha responsabilidad recae en la EPS accionada. Agregó que no es el superior jerárquico de los actores del <i>Sistema General de Seguridad Social en Salud</i> . Posteriormente, remitió un segundo escrito en el que se refirió a las actuaciones adelantadas en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control. En términos generales, informó que dio traslado a la EPS accionada, que esta última le remitió la respuesta que le brindó a la accionante (<i>supra</i> fj. 6) y que, de todos modos, el caso estaría en “seguimiento permanente”. No obstante, nada dijo sobre sanciones u otro tipo de órdenes tendientes a proteger los derechos fundamentales del menor.
Ministerio de Salud y de la Protección Social	Alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues, en su criterio, es la EPS la responsable de garantizar el acceso a los servicios de salud. Con todo, emitió un pronunciamiento en abstracto sobre las pretensiones, el cual, en términos generales, coincide con el criterio expuesto por la EPS accionada.
Asociación Colombiana de Hematología y Oncología Pediátrica	Conceptuó lo siguiente: (i) <i>Juan</i> era un paciente con diagnóstico de leucemia linfoblástica aguda en recaída temprana; (ii) el tratamiento a realizar es un esquema de quimioterapia y trasplante de médula; (iii) para poder llevar a cabo el trasplante, se requiere que la enfermedad esté en remisión completa, lo cual no fue alcanzado en el caso <i>sub examine</i> , pese a que se ejecutaron dos protocolos intensos de quimioterapia; (iv) la terapia objeto de la controversia es una alternativa de tratamiento con intención curativa que en el país no se ofrece; y (v) el paciente recibió el tratamiento adecuado, de acuerdo con las alternativas que se tenían a su disposición.
Instituto Nacional de Cancerología	Informó que <i>Juan</i> no ha sido tratado en el Instituto. Aclaró que, de todas formas, sí era posible que el menor hubiere sido valorado allí, para lo cual, precisó, era necesario estudiar las condiciones de salud del menor y su historia clínica, previa autorización por parte de la EPS accionada. Con todo, el Instituto no se pronunció respecto del caso en particular y de las pretensiones de la demanda de amparo.

13. *Sentencia de tutela de única instancia.* El 9 de marzo de 2023, el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Por un lado, amparó el derecho fundamental a la salud de *Juan* y, en consecuencia, le ordenó a la EPS accionada que realizara un comité técnico y científico con la finalidad de: “i)

[d]eterminar el estado de salud en que se encuentra el menor (...); ii) [e]stablecer si en el territorio nacional, existe un procedimiento o medicamento que le pueda servir para su condición, sin que sean necesarios cuidados paliativos; iii) [e]stablecer si en el exterior, existe un procedimiento médico o medicamento científicamente validado o acreditado que le permita al menor (...), con probabilidades de éxito, superar o sobrellevar en las mejores condiciones posibles su diagnóstico (...); y iv) de existir dicho procedimiento o medicamento científicamente acreditado, proceder a realizar todas las gestiones administrativas necesarias para que pueda acceder a ellas, respetando los requisitos establecidos por la Honorable Corte Constitucional y demarcados en la sentencia SU-819 de 1999”¹⁶.

14. Para tales fines, la referida autoridad judicial cuestionó lo que llamó “actitud pesimista y pasiva” de los médicos de la EPS accionada. En su criterio, mientras estos debían estudiar el caso del menor para establecer si existía otro tratamiento “curativo”, se limitaron a evaluar la viabilidad de empezar el tratamiento paliativo. Además, el juzgado reprochó que la EPS accionada hubiese truncado la posibilidad de tener una “segunda opinión experta”. Incluso, se dijo, solo hasta que se le impuso la medida provisional (*supra* fj. 11), la EPS accionada “comenzó a gestionar la realización de un nuevo Comité Técnico Científico en otra de las IPS adscritas a su red de prestadores (...)”¹⁷.

15. Por otro lado, sin embargo, el juez *a quo* negó las solicitudes relacionadas con ordenar el traslado y el tratamiento del menor en el Hospital *Sant Joan de Déus* (Barcelona). Para tales fines, concluyó que no están acreditadas las exigencias establecidas por la jurisprudencia constitucional para estos casos, por tres razones. *Primero*, porque la accionante no aportó pruebas de la aprobación o el concepto técnico del médico tratante, en el sentido de que se acreditara o avalara la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente validada. *Segundo*, la actora tampoco probó el beneficio en la salud que obtendría el paciente en la institución médica en Barcelona. Y, *tercero*, aunque la madre del menor manifestó que su hijo fue aceptado en el mencionado hospital y que allí existe un tratamiento acreditado científicamente para tratar a *Juan* de una forma diferente “a la paliativa”, lo cierto es que ella no aportó ninguna evidencia con el objeto de sustentar tales afirmaciones.

3. Actuaciones judiciales en sede de revisión

16. *Selección y reparto*. El 30 de mayo de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de la Corte Constitucional seleccionó el expediente de la referencia. El 9 de junio de 2023, la Secretaría General de la Corporación lo repartió al despacho de la suscrita magistrada sustanciadora, a quien le correspondió por sorteo público.

17. *Auto de pruebas*. Mediante auto del 26 de junio de 2023, de conformidad con el inciso 2º del artículo 64 del Acuerdo 2 de 2015, la suscrita magistrada sustanciadora consideró necesario decretar pruebas con el fin de allegar los elementos probatorios necesarios para adoptar una decisión de fondo en

¹⁶ Sentencia de primera instancia, fl. 19.

¹⁷ Ib. Fl. 18.

relación con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de *Juan*, y, adicionalmente, para determinar el alcance de la problemática sobre la competencia para asumir el costo de los tratamientos fuera del territorio nacional.

18. La **EPS Famisanar SAS** informó cuáles fueron las gestiones adelantadas para el cumplimiento de las órdenes proferidas por el juez de tutela (*supra* fj. 13), así como las actuaciones que se llevaron a cabo en acatamiento de las medidas provisionales adoptadas al admitir la demanda de amparo (*supra* fj. 11).

19. De un lado, la EPS señaló que, una vez tuvo conocimiento de la demanda de tutela, lo que ocurrió el 1º de marzo de 2023, “*se inició la gestión para la solicitud de [una] junta médica para concepto en diferentes instituciones en Bogotá, por lo [que se] adelantó la programación de la Junta médica en el Instituto Nacional de Cancerología INC, [en] Colsubsidio Clínica Infantil, [en la] Fundación Santafé de Bogotá, y en la clínica Imbanaco de Cali*”¹⁸. En ese sentido, informó que las juntas médicas fueron programadas para los días 6 de marzo de 2023, en la Clínica Infantil de Colsubsidio, y 7 del mismo mes y año, en el Instituto Nacional de Cancerología. No obstante, la madre del menor habría informado que no era posible asistir porque *Juan* estaba hospitalizado.

20. La EPS accionada señaló que, en cumplimiento de la sentencia de tutela (*supra* fj. 13), las juntas médicas fueron reprogramadas en las mismas instituciones para los días 22 y 27 de marzo de 2023. No obstante, según señaló la EPS, les “*fue notificado el fallecimiento del menor el 19 de marzo de 2023*” (subrayas propias).

21. La **Fundación Hospital de la Misericordia** remitió copia de la historia clínica de *Juan* y manifestó que “*lamenta profundamente la partida de [Juan]*”. En ese sentido, aseguró que “*se prestaron todos los protocolos clínicos y farmacológicos existentes en nuestro país, con el único fin de salvaguardar su vida*” y agregó que, “*pese a todos los esfuerzos[,] lamentablemente no fue posible lograr este cometido (...)*” (subrayas propias).

22. La madre del menor, **Juana**, guardó silencio. Sin embargo, el equipo de la suscrita magistrada sustanciadora pudo confirmar con ella que *Juan* falleció el 11 de marzo de 2023, esto es, dos días después de que se dispusiera el amparo parcial de sus derechos fundamentales.

23. La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres)**, la **Asociación Colombiana de Ciudades Capitales**, la **Federación Colombiana de Municipios**, los ministerios de **Salud y Protección Social** y de **Hacienda y Crédito Público** y la **Asociación de Pacientes de Alto Costo** se pronunciaron frente a diversos interrogantes que se les plantearon respecto de la enfermedad padecida por el menor *Juan*, los tratamientos disponibles en el país y el impacto fiscal de autorizar tratamientos médicos por fuera del territorio nacional¹⁹.

¹⁸ Escrito de intervención, p. 2.

¹⁹ Se plantearon dos ejes temáticos y en cada uno de ellos unas preguntas en concreto. Primer eje temático: la leucemia linfoblástica y los tratamientos disponibles en el país. Preguntas: 1. ¿En qué consiste la leucemia linfoblástica y cuáles son los principales síntomas y complicaciones? 2. ¿Cuáles son los tratamientos tradicionales y experimentales para tratar la leucemia linfoblástica en Colombia? 3. ¿Cuáles son los

Adicionalmente, la **Universidad Nacional de Colombia** se pronunció en relación con tales temáticas²⁰. Sin embargo, dichas intervenciones técnicas se estudiarán en detalle en las consideraciones de esta providencia judicial (*infra* secc. II, num. 5).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

24. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la CP, así como los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Estructura de la decisión

25. La Sala Séptima empleará la siguiente metodología para resolver el presente caso. Primero, analizará si se configuró el fenómeno de carencia actual de objeto (II.3 *infra*). En seguida, de ser procedente un pronunciamiento de fondo, examinará si se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela (II.4 *infra*) y establecerá si la EPS accionada vulneró los derechos fundamentales de *Juan* (II.5 *infra*). Por último, determinará las órdenes a impartir (II.6 *infra*).

3. Carencia actual de objeto

26. La carencia actual de objeto es un fenómeno jurídico que se presenta cuando la causa que motivó la solicitud de amparo se extingue o “*ha cesado*”²¹ y, por lo tanto, el pronunciamiento del juez de tutela frente a las pretensiones de la acción de tutela se torna innecesario, dado que “*no tendría efecto alguno*” o “*caería en el vacío*”²². En la Sentencia SU-109 de 2022, la Corte recordó que la jurisprudencia constitucional ha identificado tres situaciones en las cuales se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto, a saber: (i) cuando existe un hecho superado, (ii) cuando se presenta un daño consumado y (iii) cuando acaece una situación sobreviniente²³.

27. Esta postura jurisprudencial ha sido reiterada pacíficamente por esta Sala de Revisión. Muestra de lo anterior son las sentencias T-010, T-011, T-047, T-

tratamientos tradicionales y experimentales para tratar la leucemia linfoblástica en el exterior? 4. Si existe un tratamiento en el exterior que no se lleve a cabo en el país, ¿cuáles son las razones para que dicho tratamiento no se pueda realizar en Colombia? 5. ¿Cuáles es la efectividad de tales tratamientos tradicionales y experimentales? 6. ¿Cuáles son los criterios científicos con los cuales un paciente que padece leucemia linfoblástica es remitido a cuidados paliativos? 7. ¿El Hospital Sant Joan de Déu de Barcelona, España, es especializado en el tratamiento de la leucemia linfoblástica? De ser así, ¿cuáles son los tratamientos que se practican y cuáles sus beneficios y desventajas médicas y clínicas? Segundo eje temático: el impacto fiscal que puede tener autorizar tratamientos médicos en el exterior. Preguntas: 1. ¿Cuál es el impacto fiscal del reconocimiento explícito del deber de asumir el costo de tratamientos médicos en el exterior? 2. ¿Cómo se puede ver afectado el Sistema General de Seguridad Social en Salud por el reconocimiento explícito el deber de asumir el costo de tratamientos médicos en el exterior? 3. ¿Cuáles son las fuentes de financiamiento de los tratamientos médicos practicados en el exterior? 4. ¿Existen estudios y cifras sobre los aspectos antes referidos?

²⁰ También se invitó a participar a las universidades Javeriana, de Antioquia, Pontificia Bolivariana y de los Andes. No obstante, dichas instituciones no presentaron intervención o señalaron no tener interés en hacerlo.

²¹ Corte Constitucional, sentencias T-033 de 1994, T-285 de 2019 y T-060 de 2019.

²² Corte Constitucional, sentencia T-533 de 2009.

²³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-522 de 2019, T-038 de 2019, T-205A de 2018, T-261 de 2017, T-481 de 2016, T-321 de 2016 y T-200 de 2013, entre otras.

050, T-088, T-161, T-181, T-229, T-233 y T-286 de 2023. A partir de la jurisprudencia vigente, entonces, las tres mencionadas situaciones se explican de la siguiente manera.

28. *Hecho superado*²⁴. Se presenta cuando, entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional, desaparece la presunta afectación o amenaza al derecho fundamental cuya protección se invoca y, en esa medida, se encuentran satisfechas las pretensiones como producto de la conducta de la parte accionada²⁵. Sobre la satisfacción específica de las pretensiones de los tutelantes, se ha precisado que “*lo determinante para establecer si existió hecho superado es constatar la garantía del derecho fundamental cuya protección se pretendía con la acción de tutela, mas no el grado de satisfacción de las pretensiones específicas elevadas por el accionante en su solicitud de tutela*”²⁶. La Corte ha establecido tres requisitos para que se configure la carencia actual de objeto por *hecho superado*, a saber²⁷: (i) que haya una variación en los hechos que dieron lugar a la acción de tutela; (ii) que esta suponga la satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda²⁸, y (iii) que haya obedecido a una conducta de la parte demandada²⁹.

29. *Daño consumado*³⁰. Ocurre cuando “*la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela*”³¹. En consecuencia, ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela imparta una orden para retrotraer la situación³². Esta circunstancia puede concretarse en dos momentos: (i) antes de interponerse la acción de tutela o (ii) durante el trámite de la misma, bien sea, ante los jueces de instancia o estando en curso el proceso de revisión ante la Corte³³. En el primer caso, el juez debe declarar la improcedencia de la acción, de conformidad con lo previsto por el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991³⁴. En el segundo escenario, puede pronunciarse de fondo y proferir órdenes tendientes a “*proteger la dimensión objetiva del derecho [vulnerado]*”³⁵, “*evitar que situaciones similares se produzcan en el futuro*”³⁶ o “*identificar a los responsables*”³⁷.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-109 de 2022.

²⁵ Al respecto, se pueden ver, entre otras, las sentencias T-238 de 2017, T-047 de 2016 y SU-540 de 2007. En esta última la Corte explicó que “el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-414 de 2021.

²⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-316 de 2021.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 2013.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-403 de 2018. La Corte ha explicado que “aunque en algunos fallos se ha sugerido que el hecho superado puede derivarse del cumplimiento de una providencia judicial dictada en el mismo trámite de tutela o en otro proceso que impacta en la solicitud original, siempre será preferible que la entidad demandada corrija la violación a un derecho fundamental, de forma voluntaria y oportuna, sin tener que esperar para ello a una orden judicial, en tanto el acatamiento de la Constitución y la ley es un deber inmediato y universal para todos los residentes del territorio nacional” (Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019).

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-109 de 2022.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2016.

³² Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

³³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-319 de 2018, T-142 de 2016 y T-576 de 2008.

³⁴ El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece: “*Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: [...] 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho*”.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2016. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-319 de 2018.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019, entre otras.

Además, el juez debe constatar que el daño sea “irreversible”³⁸, porque, de lo contrario, no es posible decretar la carencia actual de objeto “respecto a los daños que son susceptibles de ser interrumpidos, retrotraídos o mitigados por una orden judicial”³⁹.

30. *Situación sobreviniente*⁴⁰. En la sentencia SU-522 de 2019, la Corte expuso que el hecho sobreviniente es una categoría amplia y heterogénea, que remite a cualquier “otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío”⁴¹. Por otra parte, mediante la sentencia T-335 de 2022, este Tribunal señaló que el juez constitucional debe analizar: (i) que exista una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicho cambio implique la pérdida de interés del accionante en que se acceda a sus pretensiones; o (iii) que las mismas no se puedan satisfacer⁴². Por ejemplo, puede presentarse una circunstancia sobreviniente cuando: (i) el accionante “asumió la carga que no le correspondía” para superar la situación que generó la vulneración y “a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la litis”⁴³; (ii) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada– ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental⁴⁴, y (iii) “fuera imposible [...] llevar a cabo” la pretensión del accionante “por razones que no son atribuibles a la entidad demandada”⁴⁵.

31. *Casos que ameritan un pronunciamiento de fondo, pese a la configuración de la carencia actual de objeto*⁴⁶. La configuración de la carencia actual de objeto en los trámites de tutela no implica, *per se*, que el juez constitucional no pueda proferir un pronunciamiento de fondo. La Corte Constitucional ha señalado que, en los casos en que se acredita la carencia actual de objeto, “es posible que el proceso amerite un pronunciamiento adicional del juez de tutela, no para resolver el objeto de la tutela –el cual desapareció por sustracción de materia, pero sí por otras razones que superan el caso concreto”⁴⁷.

32. En particular, según la jurisprudencia constitucional, cuando existe carencia actual por daño consumado, es perentorio un pronunciamiento de fondo en aquellos casos en los que el daño ocurre durante el trámite de la tutela, incluida la fase de revisión eventual, a efectos de precisar si se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo. En estos casos, además, el juez de tutela podrá, dadas las particularidades del expediente, considerar medidas adicionales, como, por ejemplo: (i) advertir a la autoridad o particular responsable para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela⁴⁸; (ii) informar al accionante o a sus familiares sobre las acciones jurídicas a las que puede acudir para la reparación del daño⁴⁹; (iii) compulsar copias del expediente a las

³⁸ Ib.

³⁹ Ib.

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-109 de 2022.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 2013, reiterada en la sentencia SU-522 de 2019.

⁴² Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-431 de 2019.

⁴³ Ib.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

⁴⁵ Ib.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-310 de 2021, T-335 de 2022 y T-286 de 2023.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

⁴⁸ Cfr. Sentencias T-428 de 1998, T-803 de 2005, T-198 de 2017 y SU-522 de 2019.

⁴⁹ Cfr. Sentencias T-576 de 2008 y T-286 de 2023.

autoridades competentes⁵⁰; o (iv) proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales trasgredidos y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan en el futuro⁵¹.

33. Por otra parte, en los eventos de carencia actual de objeto por situación sobreviniente o hecho superado, no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, podrá hacerlo cuando lo considere necesario, entre otros, para: “a) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) corregir las decisiones judiciales de instancia; o d) avanzar en la comprensión de un derecho fundamental”⁵².

34. *Caso concreto.* La Sala considera que en el presente caso se configura la carencia actual de objeto por daño consumado, porque *Juan* falleció el 11 de marzo de 2023, esto es, durante el trámite de la acción de tutela.

35. Es verdad que no siempre la muerte del accionante deriva en la carencia actual de objeto. Así lo señaló esta Sala, recientemente, en la Sentencia T-088 de 2023. Esto, sin embargo, sí ocurre cuando los derechos en litigio son personalísimos y el objeto de la pretensión ya no puede ser satisfecha, como es el caso del derecho a la salud que se lesiona con ocasión de la muerte del paciente. Lo que resulta relevante es establecer *prima facie* la posible causa de la muerte, pues esta incide en la modalidad de la carencia actual de objeto, ya que, según la jurisprudencia⁵³, si el fallecimiento del titular del derecho ocurre como consecuencia de la acción u omisión por la que se ejerció la acción de tutela, se predica la existencia de un *daño consumado*; mientras que si el deceso no tiene relación causal con la acción u omisión de la autoridad o el particular accionado, se debe considerar la ocurrencia de un *hecho sobreviniente*.

36. Ahora bien, al valorar el expediente la Sala considera que en este caso se debe declarar carencia actual de objeto por daño consumado, debido a que la muerte de *Juan* habría ocurrido como consecuencia de la enfermedad que se pretendía tratar en el Hospital *Sant Joan de Déus* (Barcelona). Tal determinación, sin embargo, es un estudio previo que no compromete en nada la responsabilidad patrimonial o penal de los involucrados.

37. Como consecuencia de lo anterior, resulta imperativo que la Sala realice un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, por los argumentos y la finalidad expuestos en el f.j. 32 *supra*.

4. Análisis de procedibilidad

38. El artículo 86 de la CP dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, residual, informal y autónomo que tiene por objeto garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales, por medio de

⁵⁰ Cfr. Sentencias T-496 de 2003, T-980 de 2004, T-662 de 2005 y T-808 de 2005.

⁵¹ Cfr. Sentencias T-576 de 2008 y T-286 de 2023.

⁵² Corte Constitucional, sentencias SU-522 de 2019 y T-310 de 2021.

⁵³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-262 de 2020 y T-219 de 2021.

un procedimiento preferente y sumario⁵⁴. De acuerdo con el Decreto 2591 de 1991 y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, son requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela: (i) la legitimación en la causa, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad. El cumplimiento de estos requisitos es una condición para que el juez de tutela pueda emitir un pronunciamiento de fondo.

39. **La acción de tutela satisface el requisito de legitimación en la causa por activa y por pasiva**⁵⁵. En efecto, La ciudadana *Juana* actúa en representación de *Juan*, quien, además de su hijo⁵⁶ era menor de edad para el momento en el que se interpuso la demanda de tutela. Él, adicionalmente, era el titular de los derechos presuntamente vulnerados por la EPS Famisanar. Esta última, por su parte, es la llamada a responder por las pretensiones de la demanda de tutela de la referencia, debido a que *Juan* y su progenitora eran sus afiliados, en calidad de beneficiario y cotizante, respectivamente. Adicionalmente, la Superintendencia Nacional de Salud está legitimada en la causa por pasiva en el expediente de la referencia, debido a las funciones de inspección, control y vigilancia que ejerce respecto de la EPS accionada.

40. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala comparte la apreciación del juez de tutela de instancia, que consideró que las siguientes entidades carecen de legitimación en causa por pasiva: “*la (...) ADRES, HOSPITAL LA MISERICORDIA – HOMI, CLINICA IBAMACO – CALI, HOSPITAL DE NIÑOS SANT JOAN DE DÉU, SECRETARIA DISRTRITAL DE SALD DE BOGOTÁ, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE HEMATOLOGIA Y ONCOLOGIA PEDIATRICA, EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, COLSUBSIDIO CLINICA INFANTIL Y FUNDACION SANTAFE DE BOGOTA – CLINICA SANTE DE BOGOTA*”⁵⁷. Esto, debido a que ninguna de esas entidades e instituciones es la competente para autorizar el traslado del menor accionante al hospital en Barcelona, esto es, para pronunciarse sobre la controversia y, eventualmente, cumplir con la orden de traslado.

⁵⁴ Constitución Política, artículo 86.

⁵⁵ En relación con este requisito, el inciso 1º del artículo 1 (de manera general), los artículos 5 e inciso 1º del 13 (en cuanto a la legitimación por pasiva) y el artículo 10 (en cuanto a la legitimación por activa) del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, disponen: “*Artículo 1. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto*”; “*Artículo 5. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito*”; “*Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior*”; “*Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. || También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud*”.

⁵⁶ En el expediente reposa el registro civil de nacimiento del menor.

⁵⁷ Sentencia de primera instancia, fl. 20 (resolutivo quinto).

41. **La acción de tutela satisface el requisito inmediatez.** De acuerdo con el artículo 86 de la CP y la jurisprudencia constitucional, el requisito de procedibilidad de inmediatez exige que la acción de tutela sea presentada en un *término razonable*⁵⁸ respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales involucrados⁵⁹.

42. La Sala considera que la solicitud de tutela *sub examine* satisface este requisito. En efecto, la negativa de la EPS tuvo lugar el 23 de febrero de 2023⁶⁰. Por su parte, la acción de tutela fue presentada el 27 de febrero de 2023, esto es, cuatro días después de la omisión presuntamente vulneradora de los derechos de *Juan*, lo que, en criterio de la Sala, constituye un término razonable.

43. **La acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad.** La acción de tutela tiene carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa judicial⁶¹, según lo que establece el artículo 86 de la Constitución Política (en adelante, CP). Así, en virtud del principio de subsidiariedad, el mecanismo de amparo sólo procede en dos supuestos⁶². *Primero*, como mecanismo *definitivo* de protección, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para proteger los derechos fundamentales. El medio de defensa es idóneo si “es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales”⁶³. Por su parte, es eficaz (i) en abstracto, cuando “está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados”⁶⁴ y (ii) en concreto, si “atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”⁶⁵, es lo suficientemente expedito⁶⁶ para garantizar estos derechos. Y, *segundo*, como mecanismo de protección *transitorio* si, a pesar de existir medios ordinarios idóneos y eficaces, la tutela se utiliza con el propósito de evitar un perjuicio irremediable⁶⁷.

44. La Sala observa que las pretensiones de la accionante estaban dirigidas a que se autorizara el traslado de *Juan* al Hospital *Sant Joan de Déus* (Barcelona), de un lado, debido a que en el país no existe un tratamiento eficaz para su recuperación y, del otro, debido a que en dicha institución sí existe. No obstante, de acuerdo con los artículos 148 de la Ley 446 de 1998 y 41 de la Ley 1122 de 2007, las controversias entre los afiliados y las EPS relacionadas con el suministro servicios en salud deben ser resueltas, de manera preferente, por medio del proceso ordinario ante la Superintendencia Nacional de Salud. Incluso, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este mecanismo ordinario es *prima facie* idóneo, dado que el inciso 1, literal “a”, del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 establece que la referida superintendencia podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la cobertura de los servicios y tecnologías en salud incluidos

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-273 de 2015.

⁶⁰ Cfr. Demanda de tutela, p. 2.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencias SU-691 de 2017 y T-391 de 2022.

⁶² Corte Constitucional, sentencia T-071 de 2021.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia SU-379 de 2019.

⁶⁴ *Ib.*

⁶⁵ Decreto 2591 de 1991, art. 6. “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

⁶⁶ *Ib.*

⁶⁷ Constitución Política, art. 86.

en el POS, hoy PBS, “cuando su negativa por parte de las EPS o quien haga sus veces ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”. Asimismo, jurisprudencialmente se ha resaltado que dicho mecanismo es eficaz en abstracto, habida cuenta de que es (i) informal; (ii) preferente y sumario; y (iii) permite que el juez adopte medidas cautelares para garantizar la protección de los derechos de todos los afiliados⁶⁸.

45. Con todo, luego de la Sentencia SU-508 de 2020, esta Sala ha reiterado, pacíficamente, que existen situaciones estructurales y normativas que hacen que el recurso ante la Superintendencia Nacional de Salud no sea idóneo ni eficaz, en concreto. En cuanto a lo primero, la Sala ha resaltado que dicha entidad tiene una capacidad limitada respecto a sus competencias jurisdiccionales y, por ende, se encuentra en una imposibilidad de tramitar las solicitudes en los 10 días previstos en la ley. En cuanto a lo segundo, la Sala ha reiterado que la ley no define término para resolver la apelación ni prevé un mecanismo para garantizar el efectivo cumplimiento de la decisión que se adopte. En este sentido, en línea con la sentencia de unificación mencionada, esta Sala ha concluido que, mientras dichas situaciones subsistan, aquel mecanismo jurisdiccional “no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del [SGSSS] y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos”. Esa fue la postura reiterada, recientemente, en las sentencias T-053 y T-161 del año 2023.

46. En ese contexto, la Sala considera que la acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad. Esto, porque el recurso ante la Superintendencia Nacional de Salud no constituye un mecanismo idóneo y eficaz de protección, por las situaciones estructurales y normativas descritas. Incluso, la mencionada superintendencia intervino en el proceso de la referencia y no manifestó nada que permita llegar a otra conclusión respecto de tales situaciones. En todo caso, la Sala advierte que *Juan* era un sujeto de especial protección constitucional, *primero*, por ser menor de edad y, *segundo*, por la grave enfermedad que padecía. Además, su núcleo familiar está en una situación de vulnerabilidad social y económica dado que (i) el padre biológico del menor no cumplía con sus obligaciones alimenticias; (ii) el padre del hogar no tiene un ingreso fijo, pues conduce un vehículo de servicio público; y (iii) la madre asegura no tener ingresos económicos estables, incluso, informó que debe responder por otra niña (menor de 3 años).

5. Examen de fondo. Alcance de la controversia y metodología para su resolución

47. La muerte de un hijo es una catástrofe para la que nadie está preparado. El dolor que esto supone es, sin duda, una tragedia de magnitud inimaginable. Como lo señaló el juez *Cançado Trindade* en el célebre voto razonado en el caso *Bulacio vs. Argentina* de la Corte IDH, la mayoría de los idiomas carecen de un término para designar a la persona que pierde a un hijo, como sí ocurre con aquellos individuos que pierden a su pareja, *viudos* en el caso del español, o a sus padres, *huérfanos* en nuestra lengua. Incluso, la única calificación de la que se tiene conocimiento, la del hebreo, se asocia con “*la idea de abatimiento*

⁶⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-508 de 2020, T-338, T-394, T-156, T-015, T-231 y T-298 de 2021 y T-277 de 2022.

del alma”⁶⁹. Esto se debe a que, en el orden natural, los hijos despiden a sus padres.

48. Nadie, jamás, debería verse abocado a una tragedia de tal dimensión, cuando la medicina moderna puede evitarla. Claro, hay eventos en los que la catástrofe excede la limitada capacidad humana y el desarrollo de la ciencia. Sin embargo, cuando hay opciones viables, no resulta comprensible que las mismas no sea agotadas. La muerte que se deriva de no intentarlo es lesiva del orden constitucional. Máxime, cuando la razón para no hacerlo es netamente económica, en la medida en la que el ordenamiento jurídico, de un lado, privilegia los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, del otro, establece parámetros para que esto se haga de forma excepcional y sin afectar la sostenibilidad financiera del sistema. En otras palabras, cuando evitar la tragedia no supone, *per se*, afectar a la generalidad de los usuarios del sistema de salud.

49. En efecto, el legislador estableció la cobertura del *Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Por su parte, el Gobierno Nacional ha desarrollado diversas normas para establecer el alcance y las limitaciones de dicha cobertura. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar las reglas aplicables en aquellos casos que se encuentran al margen del ámbito de cobertura fijado por la ley y el reglamento, bien por las limitaciones que impone el *Plan de Beneficios en Salud* (antes, POS), o bien por las exclusiones establecidas expresamente, como es el caso de los tratamientos experimentales o que carecen de registro sanitario o de los tratamientos que no se ofrecen en el territorio nacional.

50. Desde esa perspectiva, entonces, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿la EPS Famisanar vulneró los derechos fundamentales de *Juan* (i) por no brindarle atención integral en salud; y (ii) al haberse negado a autorizar su tratamiento médico en el Hospital *Sant Joan de Déus* en Barcelona?

51. La Sala desarrollará dos líneas argumentativas para resolver el problema jurídico planteado. *Primero*, explicará las razones por las que considera que la EPS accionada le brindó un tratamiento integral y oportuno a *Juan*, hasta el momento en el que lo remitió a él y a su familia a cuidados paliativos (*infra* 5.1). *Segundo*, mostrará que, a pesar de lo anterior, la EPS sí vulneró su derecho fundamental a la salud, debido a que no gestionó todos los trámites requeridos para definir la viabilidad de autorizar el tratamiento en Barcelona (*infra* 5.2). En ambas líneas, empezará por reiterar la jurisprudencia constitucional (*infra* nums. 5.1.1. y 5.2.1) y, luego, analizará el caso en concreto (*infra* 5.1.2 y 5.2.2). Finalmente, adoptará las órdenes respectivas (num. 6 *infra*).

5.1. La EPS Famisanar no vulneró el derecho fundamental a la salud de *Juan*, pues le brindó un tratamiento integral y oportuno, hasta el momento de su remisión a cuidados paliativos

5.1.1. Derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Bulacio Vs. Argentina* (2003), sentencia de fondo reparaciones y costas, voto razonado del juez Antonio Augusto Cancado Trindade, p. 7.

52. La Sala Octava de Revisión de Tutelas, en la Sentencia T-147 de 2023, reiteró la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la salud. Las reglas y subreglas que allí se fijaron son acogidas y reiteradas en esta providencia.

53. *Derecho fundamental a la salud.* El derecho a la salud está consagrado en los artículos 48 y 49 de la CP. El constituyente primario lo abordó como un servicio público esencial y como un derecho de todas las personas. Con similar enfoque, diversos instrumentos de derecho internacional lo han reconocido, como por ejemplo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12)⁷⁰ y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25).

54. Como servicio público, la salud se orienta, entre otros, por los principios de progresividad, eficiencia, universalidad, continuidad, equidad, interculturalidad y solidaridad⁷¹. Como derecho, la salud es irrenunciable y fundamental, como lo reconoció la Sentencia T-760 de 2008 y la Ley Estatutaria 1751 de 2015. En consecuencia, *“su prestación estará a cargo del Estado o de particulares autorizados para tal efecto, siempre bajo estrictos lineamientos de oportunidad, eficacia y calidad”*⁷². Por su naturaleza, de su garantía plena depende la satisfacción de otros derechos fundamentales, por lo que no se puede limitar a las condiciones para estar sano, sino que debe incluir *“un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influyen sobre las condiciones de vida de cada persona y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible”*⁷³. La protección del derecho a la salud, entonces, trasciende y se ve *“reflejada sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida”*⁷⁴.

55. *Derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes.* El artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 establece que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional por parte del Estado, por lo que *“su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica [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”*. Además, el artículo 44 de la CP señala que es deber de la familia, la sociedad y el Estado protegerlos para garantizar su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los derechos de las otras personas. Su situación de indefensión hace que *“el derecho a la salud (...) deba ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin*

⁷⁰ Sobre el particular, Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General No. 14 del 2000.

⁷¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-760 de 2008, T-399 y T-706 de 2017, SU-508 de 2020, T-012 y T-195 de 2021, T-038 de 2022 y T-147 de 2023.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia T-706 de 2017.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-579 de 2017.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1010 de 2019.

*obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud (...)*⁷⁵.

56. *Elementos del derecho a la salud*, El derecho fundamental a la salud tiene cuatro elementos esenciales e interrelacionados, a saber: (i) la *disponibilidad*, que se traduce en el deber estatal de garantizar la existencia de servicios de salud, (ii) la *aceptabilidad*, que se refleja en el respeto por la ética médica, la participación de las diversas culturas y minorías étnicas y las necesidades relacionadas con el género y el ciclo de vida, (iii) la *accesibilidad*, según la cual los servicios de salud deben ser accesibles a todos sin discriminación alguna, en términos de accesibilidad física, asequibilidad económica y acceso a la información; y (iv) la *calidad e idoneidad profesional*, que prescribe que los establecimientos, servicios y personal de salud sean apropiados en términos de calidad. Todo, en los términos establecidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015.

57. *El principio de integralidad*. El artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 consagró la *integralidad* como principio rector del servicio público de salud. Según este principio, los servicios y tecnologías de salud deben ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia de su origen o la condición de salud del paciente, así como del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador⁷⁶. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el sistema de salud no solo debe “*garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal*”⁷⁷. En consecuencia, “*sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que impidan a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud*”⁷⁸.

58. Amparada en el principio de *integralidad*, la jurisprudencia constitucional ha concluido que “*(...) todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido*”⁷⁹ en el Plan de Beneficios de Salud, antes POS. De este modo, únicamente están excluidos aquellos servicios en salud que cumplen los criterios legales y reglamentarios.

5.1.2. La EPS Famisanar no vulneró el derecho fundamental a la salud de Juan

59. Las pruebas aportadas al expediente dan cuenta de que la entidad accionada garantizó el derecho a la salud de *Juan*, en términos de *disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional*. Esto, al menos, hasta el momento en el que remitió al paciente a cuidados paliativos. La accionante acepta tal situación de forma expresa. En efecto, en la demanda de tutela se lee “[s]i bien hasta la fecha, FAMISANAR ha cumplido

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-147 de 2023. Cfr. Sentencias T-447 de 2014, T-010 de 2019, T-513 de 2020, T-136 de 2021 y T-038 de 2022.

⁷⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-207 de 2020, T-136 de 2021 y T-038 de 2022.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2018.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-309 de 2018.

⁷⁹ Sentencia SU-508 de 2020.

los requerimientos de atención médica y clínica exigidos por el grave estado de salud de [Juan] (...)”⁸⁰. En el mismo sentido se pronunció en la solicitud que hiciera a la EPS, cuya negativa generó el presente proceso de amparo. Lo que la señora *Juana* cuestiona es la negativa de autorizar el tratamiento en Barcelona, omisión que será objeto de análisis y pronunciamiento en el numeral 5.2. *infra* de esta providencia judicial.

60. Los elementos de juicio del plenario muestran que el 16 de junio de 2021, *Juan* fue diagnosticado con *leucemia linfoblástica aguda*. Igualmente, se pudo establecer que la EPS accionada inició el tratamiento de quimioterapia el 18 de junio de 2021, esto es, dos días después del diagnóstico. Según lo que afirmó la madre accionante y se constata en la historia clínica aportada al plenario⁸¹, el tratamiento duró cerca de 16 meses sin novedad, hasta que el menor presentó “*una recaída muy temprana*”, lo que condujo a que los médicos tratantes, por un lado, plantearan la posibilidad de llevar a cabo el *trasplante de médula ósea* y, por el otro, iniciaran la *quimioterapia de rescate*. Estos son los tratamientos tradicionales para combatir el cáncer que padecía *Juan*, según lo dijo la Asociación Colombiana de Hematología y Oncología Pediátrica (fj. 12 *supra*), y lo conceptuaron ante la Corte la Organización Pacientes de Alto Costo⁸² y la Universidad Nacional⁸³. Incluso, la referida institución universitaria manifestó que tales tratamientos resultan efectivos en el “*90% de los niños con leucemia linfoblástica aguda (...)*”⁸⁴.

61. No obstante, en junta médica del 11 de enero de 2023, en la que participaron profesionales en oncohematología y trasplantes, los galenos tratantes descartaron el *trasplante de médula ósea*, pues no se logró la remisión completa del paciente, habida cuenta del carácter *refractario* de la leucemia que padecía *Juan*. Lo anterior, debido a los resultados de la “*(...) evaluación de médula ósea (...)*” que se llevó a cabo el 5 de enero del año que cursa. En consecuencia, el niño y su familia fueron remitidos a cuidados paliativos. Esta opción no resulta arbitraria desde la perspectiva científica, siempre que no se cuente con otra “*opción curativa*”, según lo conceptuó la Universidad Nacional⁸⁵. Sobre este tema volverá la Sala al estudiar la negativa de la EPS para autorizar el tratamiento en Barcelona. Por ahora, la Sala toma en consideración que el otorgamiento de cuidados paliativos no supone, *per se*, una medida arbitraria ni la violación del principio de integralidad del servicio de salud (cfr. fj. 57 *supra*).

62. Por lo demás, la accionante no alegó ni aportó pruebas que permitan entender configuradas las siguientes circunstancias lesivas del derecho a la salud: (i) que los médicos tratantes hubieren faltado a sus deberes éticos o vulnerado el derecho del paciente y su familia de acceso a la información; (ii) que la EPS accionada o la IPS involucrada hubieren incurrido en actos discriminatorios contra el menor o sus familiares; y (iii) que los servicios recibidos y los establecimientos respectivos no hubieran sido apropiados en términos de calidad.

⁸⁰ Demanda de tutela, p. 2.

⁸¹ Cfr. Historia clínica adjunta al escrito de traslado de la solicitud de medida provisional, pp. 1 a 108.

⁸² Escrito de intervención del 12 de julio de 2023.

⁸³ Escrito de intervención del 7 de julio de 2023.

⁸⁴ Escrito de intervención del 7 de julio de 2023, p. 3.

⁸⁵ *Ib.*

63. **Conclusión.** La EPS accionada no vulneró el derecho fundamental a la salud de *Juan*, pues, antes de remitirlo a cuidados paliativos, autorizó los tratamientos médicos que prescribieron los médicos tratantes, los cuales, de un lado, no fueron cuestionados en términos de *disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad* y del otro, no son extraños a los protocolos médicos vigentes para tratar el cáncer que padeció el niño, según lo señalaron tres intervinientes expertos que participaron en el proceso durante el trámite de revisión.

5.2. La EPS Famisanar vulneró el derecho fundamental a la salud de *Juan*, por no gestionar todos los trámites requeridos para definir la viabilidad de autorizar el tratamiento en Barcelona

5.2.1. Viabilidad de autorizar tratamientos en el Exterior. Reiteración de jurisprudencia

64. El *Sistema General de Seguridad Social en Salud* debe garantizar la prestación de los servicios requeridos por el paciente, de acuerdo con el numeral 5.1.1. *supra*. Sin embargo, el legislador estatutario estableció que los recursos públicos de dicho sistema no se pueden destinar a financiar los servicios a los que se refiere el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, reglamentado por la Resolución 2273 de 2021. Dentro de tales servicios están aquellos que “*tengan que ser prestados en el Exterior*”⁸⁶. Así lo dispuso, expresamente, el literal “f” del mencionado artículo. Incluso, este fue el razonamiento de la EPS accionada para negar el tratamiento de *Juan* en Barcelona, para lo que, adicionalmente, se amparó en el *principio de territorialidad* que regula el artículo 3° de la Ley 100 de 1993 y otras disposiciones.

65. Así las cosas, los tratamientos fuera del territorio nacional no deben ser financiados con recursos del *Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Dicha prohibición, sin embargo, se debe interpretar de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano y los principios constitucionales, particularmente, a la luz de los principios de dignidad humana y de prevalencia del interés general (art 1, CP) y teniendo como referente el fin estatal de garantizar la efectividad de los derechos de todas las personas (art. 2, CP). Este enfoque hermenéutico tiene, al menos, tres aspectos relevantes: de un lado, descarta la existencia de una prohibición absoluta, de otra parte, exige valorar el principio de *sostenibilidad*, dado el carácter finito de sus recursos y, finalmente, privilegia el uso de los recursos disponibles en el territorio nacional. Así lo dispone, expresamente, el párrafo 2° del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, que prescribe que los servicios del plan de salud deben ser actualizados según la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, “(...) *la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema*”.

66. Adicionalmente, la Sala considera que una interpretación constitucional de la referida prohibición legal también supone la existencia del deber estatal de promover la investigación médica y el desarrollo tecnológico local. Este razonamiento encuentra respaldo en los artículos 21 y 22 de la Ley 1751 de

⁸⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-136 y T-195 de 2021.

2015, según los cuales el Estado colombiano está obligado a promover el mejoramiento en las prácticas clínicas, así como a establecer “(...) *una política de Innovación, Ciencia y Tecnológica en Salud, orientada a la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población (...)*”.

67. No se trata, entonces, de impedir el pago de tratamientos en el Exterior. Lo que se busca es que los usuarios accedan a los servicios de salud que requieren y que se ofrecen en el país, si estos existen; así como incentivar su desarrollo e implementación, cuando no. Por ende, solo excepcionalmente resultaría viable el pago de estos tratamientos. Todo, a efectos de privilegiar la *sostenibilidad* y el interés general de los usuarios, sin afectar el derecho fundamental a la salud de los pacientes.

68. La Corte Constitucional adoptó esta postura excepcional en algunas decisiones a principios de los años noventa⁸⁷. Luego, amparado en el artículo 37⁸⁸ de Ley 508 de 1999⁸⁹, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo del periodo 1999-2002, este Tribunal dictó la Sentencia SU-819 de 1999, en la que fijó los criterios para valorar los casos de tratamientos fuera del territorio nacional. Las reglas allí fijadas fueron reiteradas en la Sentencia T-279 de 2017⁹⁰. En esta decisión la Sala acoge y reitera la postura allí expuesta.

69. En la Sentencia SU-819 de 1999, la Corte fijó los “*parámetros legales que se deben tener en cuenta en relación con el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS [hoy PBS] en el exterior y en Colombia*”. A continuación, se hará referencia a tales parámetros y, en lo que corresponde, se hará la respectiva adecuación al contexto normativo y las exigencias sociales actuales:

69.1. De acuerdo con la Constitución Política, la protección del derecho a la vida incumbe no sólo al Estado, o a la organización que este establezca según el sistema acogido, sino también a la sociedad y a los propios titulares del derecho fundamental.

⁸⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-165 y T-271 de 1995, T-645 de 1996 y T-304, T-395 y T-756 de 1998.

⁸⁸ “Artículo 37. (...) *En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación de servicio de salud por fuera del POS definido por ese organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza, en Colombia o excepcionalmente en el exterior, por limitaciones de la tecnología nacional, siempre que la atención en el país no sea posible, no se trate de tratamientos experimentales, que en ningún caso serán procedentes, y se ajusten a las situaciones y procedimientos que para el efecto reglamente el Consejo Nacional de Seguridad Social* en *Salud*” (subrayas propias).

⁸⁹ La Ley 20 de 1987, que modificó el artículo 12 del Decreto Ley 1650 de 1977, ya había establecido dicha posibilidad. Particularmente, el artículo 2º del Decreto 1307 de 1988, reglamentario de la mencionada, disponía las condiciones para autorizar servicios médicos prestados en el Exterior: “1. *Que el beneficiario esté afiliado al ISS. // 2. Que tanto el patrono como el afiliado estén al día en el pago de los aportes obrero-patronales al Instituto. // 3. Que el afiliado haya cotizado al ISS un mínimo de 300 semanas para enfermedad general y maternidad, en cualquier tiempo. // 4. En caso de que la urgencia suceda en el exterior y no haya tiempo para su traslado a Colombia, el número de semanas para tener derecho a las prestaciones médico-asistenciales, serán las que exijan los reglamentos pertinentes. // 5. Concepto favorable del Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior, acerca de que el procedimiento no se practica en el país y conforme al procedimiento señalado en este Reglamento.*”.

⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-597 y T-1018 de 2001, T-613 de 2012 y T-1820 de 2013.

69.2. Todos los procedimientos o exámenes que se puedan efectuar en Colombia deben respetar el principio de territorialidad. Como ya se dijo, lo que se persigue es la protección del interés general en términos de *sostenibilidad* e, indirectamente, la promoción de la investigación médica y el desarrollo tecnológico locales (cfr. arts. 21 y 22 de la Ley 1751 de 2015).

69.3. La vida del afiliado debe estar en situación de riesgo inminente.

69.4. La eficacia del procedimiento debe estar científicamente acreditada. Adicionalmente, tiene que existir concepto técnico-científico favorable del médico tratante. Por otro lado, debe estar debidamente acreditado que el procedimiento no se practica en el país y que es viable llevarlo a cabo, teniendo en cuenta las condiciones particulares de salud del afiliado.

69.5. Debe estar debidamente acreditado el beneficio esperado para la salud del afiliado.

69.6. Se debe aportar certificación de la institución foránea, en la cual se acredite que el procedimiento no es experimental y en la que se determinen razonablemente las probabilidades de éxito, con base en la experiencia.

69.7. La EPS tendrá la responsabilidad de escoger la institución que se debe hacer cargo del procedimiento, siempre que existan varias que garanticen las exigencias referidas en los numerales 69.3 a 69.6 *supra*. De esta forma, por regla general no les corresponde a los jueces de amparo, dado el carácter excepcional de la acción de tutela, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución, pues se debe limitar a disponer que se lleve a cabo el procedimiento en caso de existir oferta y de cumplirse las condiciones ya señaladas. El juez de tutela, entonces, deberá siempre consultar los términos y condiciones en que el procedimiento se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales del usuario.

69.8. El usuario debe acreditar su falta de capacidad para asumir total o parcialmente el costo del procedimiento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de tal incapacidad.

69.9. La preservación de los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado Social de Derecho, impone tanto al juez de tutela, cuando se acuda a este mecanismo para obtener la defensa del derecho a la salud y por conexidad a la vida, como a las autoridades gubernamentales, el deber de solicitar a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago. No puede

olvidarse que, en estos supuestos, se están utilizando los recursos de la sociedad, limitados y normalmente escasos, con riesgo para el equilibrio del *Sistema General de Seguridad Social en Salud*.

69.10. Con todo, el usuario debe cumplir con los pagos que defina la autoridad competente, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

70. En este punto, la Sala entiende necesario aclarar el alcance de las dos subreglas establecidas para el financiamiento de los tratamientos fuera del territorio colombiano, según las cuales: (i) el Estado “(...) *debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita*”; y (ii) se debe “(...) *dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales*”.

71. Tal aclaración es apropiada y necesaria debido a las modificaciones que han sufrido las normas que regulan el *Sistema General de Seguridad Social en Salud*. A continuación se hará referencia al alcance de la regulación actual y, posteriormente, la Sala establecerá el alcance de las dos subreglas bajo análisis.

72. Según lo informó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁹¹, el *Sistema General de Seguridad Social en Salud* se financia, principalmente, “*con cargo a una multiplicidad de recursos fiscales y parafiscales del orden nacional y territorial: cotizaciones de empleados y empleadores, aportes de las cajas de compensación familiar, aportes del sistema general de participaciones, rentas cedidas de las entidades territoriales, contribuciones del SOAT, y muy especialmente y de manera preponderante, recursos del Presupuesto General de la Nación*”⁹². En ese mismo sentido, la Federación Colombiana de Municipios⁹³ le informó a esta Corte que “(...) *los recursos que financian el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, provienen de las entidades territoriales y del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), el cual cuenta con una subcuenta de «solidaridad del régimen de subsidios en salud» cofinanciada por los entes territoriales y [que] es administrado por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)*”.

73. Estos recursos, agregó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, permiten que actualmente se les reconozca a las EPS “*una prima de seguros conocida como Unidad de Pago por Capitación (UPC) por cada persona afiliada, la cual es calculada anualmente por la Comisión de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones de Operación del Aseguramiento en Salud, y tiene como objetivo financiar la atención en salud de todos los servicios y*

⁹¹ Escrito de intervención del 14 de julio de 2023.

⁹² *Ib.* p. 4.

⁹³ Escrito de intervención del 13 de julio de 2023.

tecnologías en salud reconocidos en el país para esta fuente de recursos”⁹⁴. Adicionalmente, precisó, “*para los servicios y tecnologías no financiados con la UPC y no excluidos de la financiación de los recursos del SGSSS, se asigna a las EPS un valor de Presupuestos Máximos, entendido como un monto de recursos límite para ser administrado en lo no UPC*”. Es necesario precisar que los servicios no financiados con cargo a la UPC son diferentes a los servicios excluidos expresamente, como es el caso de aquellos que se deben prestar en el Exterior.

74. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público agregó que “*las Resoluciones 2292 de 2021 y 2808 de 2022 del Ministerio de Salud y Protección Social actualizaron para las vigencias 2022 y 2023, respectivamente, los servicios y tecnologías en salud financiados con la UPC*”⁹⁵. Además, pidió tener en cuenta que, mediante la Resolución 2809 de 2022, se fijó el valor anual de la UPC que financiará los servicios y tecnologías de salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado, durante la vigencia 2023.

75. Por otra parte, la Adres explicó en su intervención que “[m]ediante el artículo 240 de la Ley 240 de la Ley 1955 de 2019[,] se estableció el mecanismo de los presupuestos máximos a través del cual se asigna un presupuesto anual a las EPS, que es transferido por la ADRES para que las entidades promotoras de salud garanticen a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC”⁹⁶ (diferentes a los excluidos). Agregó que, mediante las resoluciones 205 y 206 de 2020, el Ministerio de Salud y de la Protección Social reglamentó el “*mecanismo de presupuesto máximo*”, el cual entró en aplicación a partir del 1º de marzo de 2020. Resaltó que, con ocasión de tales reglamentos, “*los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente era objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las EPS, por cuanto este mecanismo prevé que los recursos de los servicios y tecnologías no financiados por la Unidad de Pago por Capitación se giran con anterioridad a la prestación de los servicios*”⁹⁷.

76. La Adres aseguró que, de conformidad con el artículo 4º de la Resolución 2067 de 2020, en concordancia con el artículo 14 de la Resolución 205 de 2020, durante los primeros días de cada mes, se realizará el giro de los recursos que por concepto de *presupuesto máximo* les corresponde a las EPS, con la finalidad de garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC, a partir de marzo de 2021.

77. Como se puede ver, hay distintos mecanismos de financiación para el suministro de servicios en salud. El siguiente cuadro ilustra las tres categorías:

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC	PRESUPUESTOS MÁXIMOS	SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO FINANCIADOS CON RECURSOS DE LA UPC Y DEL PRESUPUESTO MÁXIMO
-------------------------------------	----------------------	---

⁹⁴ Ib. p. 5.

⁹⁵ Ib.

⁹⁶ Escrito del 28 de febrero de 2023, fl. 40.

⁹⁷ Ib. fl. 41.

<p>Servicios y tecnologías con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.</p> <p>Los servicios de salud con cargo a la UPC se encuentran contemplados expresamente en la Resolución 3512 de 2019 y sus anexos.</p> <p>Las Resoluciones 2292 de 2021 y 2808 de 2022 actualizaron para las vigencias 2022 y 2023, los servicios y tecnologías en salud financiados con la UPC.</p>	<p>Servicios y tecnologías asociadas a una condición de salud que no son financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC y <u>no excluidos</u> de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.</p> <p>Estos servicios de salud con cargo al presupuesto máximo se encuentran determinados en el artículo 5° de la Resolución 205 de 2020.</p> <p>La Resolución 1318 de 2022 fijó la metodología para definir el <i>presupuesto máximo</i>. Además, la Resolución 1139 de 2022 estableció diversas disposiciones sobre el particular.</p>	<p>Servicios y tecnologías en salud susceptibles de ser financiados con recursos diferentes a la UPC y con el presupuesto máximo.</p> <p>El reconocimiento y pago del suministro de los servicios dependerá de un proceso de verificación y control a cargo de la ADRES. Este proceso es el que establece la Resolución 2152 de 2020</p>
---	---	--

Fuente: Intervención presentada por la Adres (2023).

78. Ya se ha dicho que los procedimientos médicos en el Exterior no pueden ser financiados con recursos del *Sistema General de Seguridad Social en Salud*, en virtud del literal “f” del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. Además, el numeral 7° del artículo 9° de la Resolución 205 de 2020 establece que estos tratamientos tampoco pueden estar financiados con cargo a los *presupuestos máximos* (columna central), salvo cuando estos deban ser suministrados en cumplimiento de fallos judiciales, pues en esta hipótesis en concreto el numeral 4° del artículo 5° de la Resolución 205 de 2020 “(...) *establece claramente que en cumplimiento de órdenes judiciales, los costos de los servicios de salud se deben cargar al presupuesto máximo (...)*”⁹⁸, según lo informó la propia Adres.

79. En principio, se tendría que concluir que los procedimientos que no sean autorizados por los jueces deben ser asumidos por la Adres, luego del proceso de verificación de que trata la Resolución 2152 de 2020 (columna de la derecha). No obstante, al verificar el artículo 4° de la Resolución 2152 de 2020 se tiene que “*los servicios y tecnologías en salud que no se encuentran financiados con recursos de la UPC ni del presupuesto máximo y que serán objeto de la verificación, control y pago por parte de la ADRES, son: 1. Los medicamentos clasificados por el INVIMA como vitales no disponibles y que no tengan definido un valor de referencia. // 2. Nuevas entidades químicas que no tengan alternativa terapéutica respecto a los medicamentos existentes en el país o que representen una alternativa terapéutica superior a una tecnología financiada con cargo a los presupuestos máximos. // 3. El medicamento que requiera la persona que sea diagnosticada por primera vez con una enfermedad huérfana durante la vigencia del presupuesto máximo, conforme a lo establecido en los artículos 9 y 10 de la Resolución 205 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social. // 4. Los procedimientos en salud nuevos en el país*”. Nótese que en dicha normativa no se encuentran mencionados los tratamientos que se deben hacer en el Exterior.

⁹⁸ Escrito del 28 de febrero de 2023, fl. 45.

80. Ante tal ausencia de regulación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público concluyó que “*los recursos que hoy financian el Sistema (...) y se mancomunan para la financiación de la UPC y los Presupuestos Máximos, con el fin de garantizar la prestación de los servicios y tecnologías en salud no excluidas en el país, serían utilizados en la práctica como fuente de financiamiento para la prestación de los servicios de salud en el exterior de la población colombiana que lo requiera (...)*”⁹⁹. No obstante, la Asociación Colombiana de Ciudades Capitales¹⁰⁰ considera que la fuente de financiación de tales tratamientos “*no pueden ser aquellos considerados como recursos públicos asignados a la salud por mandato legal de nivel estatutario*”¹⁰¹. Estos recursos, de todos modos, “*(...) serían insuficientes para garantizar la financiación del reconocimiento de tratamientos médicos en el exterior (...)*”, según le informó a la Corte la Federación Colombiana de Municipios, al referirse al régimen subsidiado.

81. En suma, las consideraciones precedentes permiten precisar el alcance de las dos subreglas *sub examine* (*supra* fj. 70), en el sentido de señalar que, conforme al principio de *equilibrio financiero* y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a las EPS, el Estado debe garantizar la financiación de la prestación en el Exterior con cargo a los recursos de los *presupuestos máximos*, para lo cual los involucrados deben tener en cuenta la regulación vigente en la materia, particularmente, en lo que respecta al giro de los recursos (*supra* fj. 73).

82. Sin embargo, teniendo en cuenta que la configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado habilita a la Corte para tomar las medidas necesarias para impedir que los hechos vulneradores se repitan en el futuro (*supra* fj. 32), la Sala exhortará al Congreso de la República y al Ministerio de Salud y la Protección Social para que, en el marco de sus competencias legales y constitucionales, regulen lo atinente a la financiación de los tratamientos que, excepcionalmente, se deben prestar en el Exterior y en los que no medie una orden judicial. Tal regulación es necesaria, pues su ausencia se traduce en barreras para los pacientes, a quienes, indirectamente, se constriñe a acudir a los jueces de amparo en procura de sus derechos, cuando el factor tiempo es clave en este tipo de casos.

5.2.2. La EPS Famisanar vulneró el derecho fundamental a la salud de Juan

83. En el expediente no están probadas las exigencias jurisprudenciales establecidas por la Corte para autorizar el tratamiento médico de *Juan* en el Hospital *Sant Joan de Déus* de Barcelona (*supra* fj. 69). Es verdad que en el caso estaba en riesgo inminente la vida del menor; tanto así, que lamentablemente él falleció como consecuencia del cáncer que padecía. También es cierto que, según el concepto que emitió la Universidad Nacional, “*el Hospital Sant Joan de Déu de Barcelona, España, es reconocido como un centro especializado en el tratamiento de la leucemia linfoblástica y otras enfermedades hematológicas en niños*”¹⁰². Pese a que esto no fue objeto de

⁹⁹ Escrito de intervención del 14 de julio de 2023, p. 6.

¹⁰⁰ Escrito de intervención del 13 de julio de 2023.

¹⁰¹ *Ib.* p. 7.

¹⁰² Escrito de intervención del 7 de julio de 2023, p. 4.

prueba por parte de la ciudadana accionante, lo cierto es que la Corte pudo establecer tal información en el trámite de revisión, en ejercicio de la potestad de decretar pruebas que le otorgan el Decreto 2591 de 1991 y su Reglamento Interno. En adición, los elementos de juicio del plenario permiten suponer que la accionante y su grupo familiar no pueden cubrir los gastos del tratamiento, que, informaron, es superior a dos mil millones de pesos. En efecto, la señora *Juana* informó que el padre biológico del niño no cumple con sus obligaciones legales y ella, pese a que tiene un empleo, no cuenta con tales recursos. Manifestó que su pareja actual conduce un vehículo de transporte público (taxi) y aseguró que los pocos recursos que obtiene son destinados para la manutención de otro menor de edad (hermana de *Juan*). Además, la accionante pidió tener en cuenta que ella y su núcleo familiar viven en casa de sus padres y que uno de ellos está desempleado y el otro hace “*labores domésticas por días en casas*”¹⁰³.

84. No obstante, la Sala advierte que la parte accionante no aportó evidencia concreta de que el tratamiento requerido no es experimental, pues, simplemente, se limitó a afirmar que “*no se trata de llevar a [Juan] a un tratamiento experimental, sino a una opción clínica ya utilizada y aceptada por la comunidad médica mundial como una alternativa a la quimioterapia para el tratamiento y cura del cáncer de la sangre*”¹⁰⁴.

85. Además, la Sala no cuenta con los elementos de juicio necesarios para establecer, con certeza, que el tratamiento requerido no se podía prestar en el territorio nacional, máxime cuando uno de los intervinientes técnicos manifestó que “[l]os tratamientos tradicionales que usa [el Hospital Sant Joan de Déus] son estrategias con la misma base cient[í]fica de los que usamos en Colombia”¹⁰⁵. Es del caso aclarar que aunque la accionante se refiere varias veces a la existencia de un certificado que da cuenta de la efectividad del tratamiento y de la admisión del paciente en el hospital en Barcelona, este documento no reposa en el expediente y no fue aportado por la parte accionante. Esta omisión le impide a la Sala determinar, además, la eficacia y las probabilidades de éxito del tratamiento objeto de la pretensiones de la demandante.

86. Por otro lado, la Sala resalta que en el plenario no reposa el concepto técnico-científico favorable de los médicos tratantes de *Juan*. Incluso, durante el trámite de tutela la defensa de la EPS accionada se basó en tal omisión. Además, la prueba de que el citado comité no se llevó a cabo, así como de la mayoría de las omisiones referidas en el párrafo precedente, es que el juez *a quo* ordenó llevar a cabo un comité técnico y científico con la finalidad de: “i) [d]eterminar el estado de salud en que se encuentra el menor (...); ii) [e]stablecer si en el territorio nacional, existe un procedimiento o medicamento que le pueda servir para su condición, sin que sean necesarios cuidados paliativos; iii) [e]stablecer si en el exterior, existe un procedimiento médico o medicamento científicamente validado o acreditado que le permita al menor (...), con probabilidades de éxito, superar o sobrellevar en las mejores condiciones posibles su diagnóstico, esto es, «LEUCEMIA LINFOBLÁSTICA AGUDA – LLA – TIPO B»; y iv) de existir dicho procedimiento o medicamento científicamente acreditado, proceder a realizar todas las gestiones

¹⁰³ Demanda de tutela, p. 4.

¹⁰⁴ Anexos de la demanda de tutela, fl. 11.

¹⁰⁵ Intervención de la Universidad Nacional, p. 4.

*administrativas necesarias para que pueda acceder a ellas, respetando los requisitos establecidos por la Honorable Corte Constitucional y demarcados en la sentencia SU-819 de 1999*¹⁰⁶.

87. La omisión antes referida impide que la Sala pueda valorar la viabilidad del procedimiento solicitado y los beneficios esperados para la salud del paciente. Es importante resaltar que, mediante auto del 26 de junio de 2023 (*supra* ff.jj. 17 y 22) la Corte le solicitó a la madre de *Juan* que remitiera los documentos que se echan de menos, pero ella no respondió la solicitud.

88. Lo dicho hasta este punto sería suficiente para concluir que, al no autorizar el tratamiento en Barcelona, la EPS accionada no vulneró los derechos fundamentales de *Juan*. Esto, porque su madre no aportó los elementos de juicio necesarios para entender acreditadas las exigencias jurisprudenciales de rigor, a las cuales se hizo referencia en los párrafos precedentes (cfr. fj. 69 *supra*). No obstante, un análisis detallado del caso permite concluir que la EPS accionada actuó de forma negligente al responder la petición de la accionante para que se autorizara el tratamiento de *Juan* en Barcelona, al menos, por tres razones que, aunque independientes, se encuentran relacionadas de forma directa.

89. *Primero*, debido a que, pudiendo hacerlo, la EPS accionada no llevó a cabo el comité técnico-científico en el que se hubieran podido definir muchas de las circunstancias requeridas para estudiar casos como el de la referencia. En criterio de la Sala, la acreditación de algunas de las exigencias establecidas en la Sentencia SU-819 de 1999 (cfr. fj. 69 *supra*), solo se puede lograr con la intervención del personal médico de la EPS, como es el caso de la idoneidad del tratamiento, su viabilidad, beneficios y probabilidades de éxito. Incluso, es el médico tratante el que debe aprobar o dar viabilidad al tratamiento. Por esta razón, una omisión probatoria como la que se constató en esta providencia judicial no es atribuible únicamente a los pacientes. Esto, claro está, cuando los pacientes han solicitado expresamente la autorización del tratamiento médico en el Exterior, pues es solo hasta ese momento cuando la EPS adquiere el deber de actuar de forma diligente en la determinación de los aspectos médicos y clínicos de las subreglas que la Corte estableció para autorizar ese tipo de tratamientos.

90. Así, es irrazonable imponerles a los pacientes-accionantes la carga de la prueba respecto de la totalidad de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para el otorgamiento excepcional de tratamientos en el exterior, pues aquellas exigencias relacionadas con la condición médica del paciente tienen que ser verificadas con la colaboración activa de la EPS. Esta última, por ejemplo, tiene la carga de la prueba en lo que respecta al concepto técnico-científico del médico tratante y la demostración de que el procedimiento no se practica en el país y que, eventualmente, es viable llevarlo a cabo. En consecuencia, es inviable que la EPS alegue la ausencia de tales exigencias para negar la autorización del tratamiento, de un lado, porque tales entidades están en una mejor posición probatoria y, segundo, debido a que nadie puede alegar a su favor, su propia culpa (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) Esto, claro está, no supone una prohibición para que los pacientes

¹⁰⁶ Sentencia de primera instancia, fl. 19.

puedan contribuir con la demostración de tales exigencias jurisprudenciales, si es que están en mejor posición para hacerlo.

91. *Segundo*, debido a que en la respuesta la EPS accionada no ofreció una sola razón o argumento que le hubiera permitido a la señora *Juana* buscar la información necesaria para presentar la solicitud y cumplir las exigencias que en esta providencia se echan de menos. En una respuesta lacónica e indolente con una madre a la que los médicos acababan de informar que su hijo debía ser remitido a cuidados paliativos, la EPS accionada se limitó a decir lo siguiente:

“Se realiza verificación evidenciando la normatividad vigente la Ley 1751 de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, define como uno de sus principios la universalidad, estableciendo que los «los residentes en el territorio colombiano gozaran efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida». Lo anterior está ligado al principio de territorialidad establecido desde la Ley 100 de 1993 y demás normas posteriores (Ley 1438 de 2011, Decreto 780 de 2016, Resolución 5269 de 2017) en donde define la responsabilidad del Estado de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social. Por lo que su solicitud no es viable

Agradecemos que nos haya manifestado su requerimiento al respecto.

92. Para la Sala, resulta evidente que la EPS conocía de las exigencias jurisprudenciales establecidas por la Corte, no solo porque la mamá de *Juan* citó la Sentencia SU-819 de 1999¹⁰⁷, que aquí se reitera, sino porque a largo del proceso alegó la inexistencia de orden médica como estrategia de defensa, para lo cual se refirió a diferentes sentencias de la Corte Constitucional.

93. A la accionante y, en general a los usuarios de la salud, no se les puede imponer el deber de conocer las exigencias que la jurisprudencia establece para acceder a servicios complejos cuya autorización es excepcional, máxime cuando estas exigencias se relacionan con asuntos específicos de la medicina. A las EPS, por el contrario, sí se les puede exigir esta carga cuando los pacientes le han informado de su intención de acceder a los servicios excepcionales, sobre todo cuando estas cuentan con equipos especializados para atender los aspectos administrativos de casos complejos como el de *Juan*, como lo puede ser la “Dirección de Riesgo Medio y Avanzado” de Famisanar EPS, dependencia que representó los intereses de la entidad durante el proceso de tutela de la referencia.

94. No se trata de imponer a las EPS una carga de asesoría legal. Para la Sala, lo que resulta reprochable es que la EPS invoque la jurisprudencia constitucional como estrategia de defensa, pero la omita al resolver la solicitud de un paciente. De haber hecho expresas las reglas que hoy se constatan como no acreditadas, tal vez la madre del menor hubiera podido aportar la información que aquí se echa de menos o, al menos, intentar obtenerla, antes de que su hijo falleciera.

95. Y, *tercero*, pese a que la EPS accionada estaba en la capacidad institucional de buscar otras opciones o, de ser necesario, estudiar la viabilidad del tratamiento que solicitó la señora *Juana* para su hijo, solo actuó en cumplimiento de la medida provisional que le impuso el Juzgado Cuarto de

¹⁰⁷ Solicitud radicada ante Famisanar EPS el 20 de febrero de 2023, p. 4.

Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, en auto del 27 de febrero de 2023. Es necesario precisar que la decisión de remitir a *Juan* a cuidados paliativos se tomó el 11 de enero de 2023 y que él falleció el 11 de marzo del año en curso. En el expediente no hay elementos de juicio que permitan identificar cuál fue el efecto real que tuvo en la salud del niño el paso de ese tiempo. Sin embargo, para la Sala resulta reprochable que la EPS accionada, pudiendo adelantar gestiones, no lo hubiera hecho. Esta omisión es contraria al orden constitucional y, como tal, resulta lesiva del derecho fundamental a la salud de *Juan*.

96. Al respecto, la Sala resalta que Famisanar EPS informó durante el trámite de revisión, que “[u]na vez se recibió el requerimiento jurídico se inició la gestión para la solicitud de esta junta médica para concepto en diferentes instituciones en Bogotá, por lo [que se] adelantó la programación de la Junta médica en el Instituto Nacional de Cancerología INC, Colsubsidio Clínica Infantil, y Fundación Santafé de Bogotá, y en la clínica Imbanaco de Cali”¹⁰⁸. Incluso, la EPS informó que el 1º de marzo fue notificada de la demanda de tutela y que programó las respectivas juntas médicas para el 6, 7, 22 y 27 de los mismos mes y año¹⁰⁹, esto es, en un término bastante célere. Lastimosamente, según lo informó la madre del menor, este se encontraba hospitalizado desde el 2 de marzo de 2023 y, lamentablemente, falleció el 11 de marzo sin poder asistir a tales juntas.

97. A la EPS no se le puede cuestionar el hecho de programar las juntas médicas, pues, como ya dijo, esta actuación se dio en un término prudencial. Lo que se le reprocha a la entidad es que hubiere actuado de forma diligente, pero solo hasta que el juez de tutela se lo ordenó, cuando pudo y debió hacerlo desde el momento en el que los médicos tratantes remitieron a *Juan* a cuidados paliativos o, incluso, cuando su progenitora solicitó la autorización del tratamiento en el hospital en Barcelona. Es verdad que los hechos y omisiones *sub examine* ocurrieron en un lapso corto, incluso, que entre la petición que presentó la progenitora del niño y la programación de las juntas transcurrieron pocos días, pero también es cierto que, por regla general, en los asuntos de la salud el tiempo es un factor clave y así, ante la falta de certeza sobre los efectos del paso del tiempo en la salud de *Juan*, lo prudente hubiera sido actuar de forma inmediata y sin orden judicial que lo dispusiera, no unos días después. Para la Sala, prueba de la capacidad de la EPS para actuar inmediatamente es que, notificada de la demanda de tutela, programó 2 juntas médicas en menos de una semana y las reprogramó en menos de quince días. Otro hubiera podido ser el panorama si la EPS hubiera alegado problemas estructurales que le impidían gestionar tales juntas, dada su situación administrativa actual¹¹⁰. Sin embargo, nada dijo la entidad promotora de salud al respecto y, por el contrario, actuó de forma célere, pero una vez fue notificada de la acción de tutela de la referencia.

¹⁰⁸ Escrito de intervención ante la Corte Constitucional, p. 2.

¹⁰⁹ Ib. pp. 2 y 3.

¹¹⁰ Mediante la Resolución 2023310010001393-6 del 2 de marzo de 2023, la Superintendencia Nacional de Salud le negó a la EPS la aprobación del plan de reorganización institucional. Esta decisión fue ratificada con la Resolución 2023162000002897-6 del 16 de mayo de 2023, al resolver el recurso de reposición presentado por la entidad. Incluso, por medio de la Resolución 2023320030005625-6 del 15 de septiembre de 2023, “se ordena la toma de posesión inmediata de bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para administrar a FAMISANAR EPS SAS”.

98. Las preguntas que le quedan a la Sala, entonces, son ¿por qué la EPS no lo hizo antes? Y ¿qué hubiera pasado si estas valoraciones se hubiesen hecho a tiempo?

99. **Conclusión.** A la luz de los razonamientos precedentes, las pruebas del expediente dan cuenta de que, a pesar de que no estaban dadas las circunstancias establecidas en la jurisprudencia para autorizar el tratamiento del menor en el Hospital *Sant Joan de Déus*, en Barcelona, la EPS Famisanar sí vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor de edad. Todo, porque no actuó de forma diligente al responder la petición de la accionante para que se autorizara o no el tratamiento de *Juan*.

6. Órdenes

100. Por los argumentos plasmados en los fundamentos jurídicos 32, 77, 78, 80 y 95, la Sala debe adoptar decisiones tendientes a evitar que hechos tan lamentables como la muerte de *Juan* ocurran en el futuro.

101. Por un lado, la Sala exhortará al Congreso de la República y al Ministerio de Salud y la Protección Social para que, en el marco de sus competencias legales y constitucionales, regulen lo atinente a la financiación de los tratamientos que, excepcionalmente, se deben prestar en el Exterior y en los que no medie una orden judicial. Esto, por las consideraciones expuestas en los ff.jj. 79, 80 y 82 *supra*.

102. Por otro lado, la Sala le ordenará a Famisanar EPS que implemente un protocolo de atención para las solicitudes de tratamientos o procedimientos a realizar en el Exterior, en el cual se tomen en cuenta las consideraciones de esta providencia. En la formulación del citado protocolo se deberá garantizar la participación, al menos, de un delegado de la Superintendencia Nacional de Salud y del defensor del usuario en salud al que se refiere el artículo 42 de la Ley 1122 de 2007. Esta decisión es una garantía para que la omisión lesiva de los derechos de *Juan* no ocurra de nuevo¹¹¹. Además, la orden encuentra fundamento en la teleología de las decisiones que se dictan al encontrar probado el daño consumado, en el entendido de que el fallo a proferir busca llamar la atención de los accionados que incurrieron en hechos cuestionables y, además, adoptar decisiones que sirvan como derrotero para las autoridades en general, dado el rol que tiene la Corte en la interpretación de los derechos fundamentales. En el fondo, lo que se busca es garantizar que la EPS accionada ejecute los tramites requeridos para la realización de procedimientos médicos en el exterior y no les imponga a sus usuarios cargas que están en imposibilidad para cumplir.

103. Finalmente, para los mismos efectos antes señalados, la Sala le ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud que vigile y controle la implementación del protocolo antes referido y que, de ser necesario, promueva los incidentes de desacato a los que hubiere lugar, con el objetivo de garantizar la efectividad de la orden impartida a la EPS Famisanar. Lo primero, en ejercicio de sus funciones legales y reglamentarias, particularmente, las que establecen los artículos 39 de la Ley 1122 de 2007 y 3º del Decreto 1080 de

¹¹¹ Recientemente, mediante la Sentencia SU-067 de 2023, la Sala Plena adoptó este tipo de medidas para impedir que los hechos objeto de la demanda de tutela ocurrieran de nuevo.

2021. Lo segundo, habida cuenta de que dicha entidad fue vinculada como parte en el auto admisorio de la demanda, en el que el juez *a quo* le concedió la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y pronunciarse sobre los hechos y omisiones objeto de la demanda de amparo. A esto último habría que agregar que a la mencionada autoridad le asiste interés para actuar en el proceso de tutela de la referencia, primero, por la naturaleza y gravedad de los hechos *sub examine*, segundo, debido al control que ejerce sobre la EPS demandada y, tercero, en virtud del cumplimiento de la presente orden¹¹².

8. Síntesis de la decisión

104. *Juana*, en representación de su hijo menor de edad, *Juan*, presentó acción de tutela en contra de Famisanar. En su criterio, la EPS le vulneró los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, igualdad, seguridad social y el que denominó “*derecho a la especial protección para personas en condición de indefensión*”. En consecuencia, pidió que se le ordenara a la demandada que adelantara “*los contactos, solicitudes, gestiones, procedimientos, acuerdos y demás actuaciones administrativas necesarias para el traslado o remisión (transporte medicalizado) en condiciones adecuadas a su requerimiento clínico y atención hospitalaria integral en compañía de [la] madre al Hospital de niños «Sant Joan de Déu» de la ciudad de Barcelona, España, o alguna otra institución del extranjero con fines curativos, no paliativos, en donde con posibilidad de éxito se le puede seguir tratando de manera integral [la] grave enfermedad, con la intención de lograr su curación (...)*”¹¹³.

105. La Sala encontró que en el presente caso se configura la carencia actual de objeto por daño consumado, porque *Juan* falleció el 11 de marzo de 2023, esto es, durante el trámite de la acción de tutela *sub examine*. Como consecuencia de lo anterior, la Sala entendió imperativo pronunciarse sobre el fondo del asunto.

106. En ese sentido, luego de verificar la procedencia de la acción de tutela, la Sala se dispuso a resolver el siguiente problema jurídico: ¿la EPS Famisanar vulneró los derechos fundamentales de *Juan* (i) por no brindarle atención integral en salud; y (ii) al haberse negado a autorizar su tratamiento médico en el Hospital *Sant Joan de Déu* en Barcelona? Para tales fines, la Sala desarrolló dos líneas argumentativas: *primero*, explicó las razones por las que consideró que la EPS accionada le brindó un tratamiento integral y oportuno a *Juan*, hasta el momento en el que lo remitió a él y a su familia a cuidados paliativos. Y, *segundo*, argumentó que, a pesar de lo anterior, la EPS sí vulneró el derecho fundamental a la salud del menor, pues no gestionó todos los trámites requeridos para definir la viabilidad de autorizar el tratamiento en Barcelona.

107. En efecto, la Corte concluyó que las pruebas del expediente dan cuenta de que, a pesar de que no estaban dadas las circunstancias consagradas en la jurisprudencia para autorizar el tratamiento del menor en el Hospital *Sant Joan de Déu*, en Barcelona, la EPS Famisanar sí vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor de edad. Todo, porque no actuó

¹¹² El desacato se debe iniciar a petición de **parte interesada**. Cfr. Sentencia C-367 de 2014.

¹¹³ Demanda de tutela, pp. 4 y 5.

de forma diligente al responder la petición de la accionante para que se autorizara o no el tratamiento de *Juan*.

108. Como fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala adoptó diversas decisiones tendientes a evitar que hechos tan lamentables como la muerte de *Juan* ocurran en el futuro

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de 8 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Civil Municipal de Mosquera, que concedió parcialmente el amparo solicitado por la accionante. En su lugar, **DECLARAR** la **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO** por daño consumado en el presente asunto, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS Famisanar SAS que, en el término de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia, implemente un protocolo de atención para las solicitudes de tratamientos o procedimientos a realizar en el Exterior, en el cual se tomen en cuenta las consideraciones de esta providencia. En la formulación del protocolo se deberá garantizar la participación, al menos, de un delegado de la Superintendencia Nacional de Salud y del defensor del usuario en salud al que se refiere el artículo 42 de la Ley 1122 de 2007.

TERCERO. ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que supervise la implementación oportuna del protocolo antes referido y que, de ser necesario, promueva los incidentes de desacato a los que hubiere lugar, con el objetivo de garantizar la efectividad de la orden impartida a la EPS Famisanar.

CUARTO. EXHORTAR al Congreso de la República y al Ministerio de Salud y la Protección Social para que, en el marco de sus competencias legales y constitucionales, regulen lo atinente a la financiación de los tratamientos que, excepcionalmente, se deben prestar en el Exterior y en los que no medie una orden judicial.

SEXTO. LIBRAR, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí previstos.

Comuníquese y cúmplase.

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General