

DERECHO A LA SALUD DE BEBE PREMATURO-Fundamental

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Interrupción vulnera derechos fundamentales

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo/DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar tratamientos o medicamentos no incluidos en el POS

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD-Proporcionalidad en las cargas que asumen los afiliados/PRINCIPIO DE GASTOS SOPORTABLES-Se afecta cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada

El criterio de proporcionalidad en las cargas desde el punto de vista del derecho a la salud, permite valorar casos en los cuales la persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos económicos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje importante de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la EPS respectiva no esté en la obligación de asumir. Cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada el principio de gastos soportables se ve afectado. El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. Lo anterior significa que, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. es desproporcionadamente costosa respecto a su capacidad de pago y se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo mediante acción de tutela.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DE BEBE PREMATURO-No suministro de último ciclo de vacunas de alto costo ordenadas por el médico tratante

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SALUD-Si bien existe capacidad económica la carga de costear las vacunas por la madre resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar

A pesar de la accionante contar con recursos económicos favorables, al verse obligada a adquirir las vacunas ordenadas a sus hijas menores por sus propios medios, se estarían afectando el derecho al mínimo vital de ella y su familia, puesto que se vería obligada a destinar un porcentaje importante de sus recursos al cubrimiento de dichos medicamentos, no existiendo por lo tanto proporcionalidad en las cargas desde el punto de vista del derecho a la salud, afectando así el principio de gastos soportables por la existencia de una carga desproporcionada para la actora.

Referencia: expediente T-1173483

Accionante: Adriana del Socorro Gallego, en representación de sus hijas menores Sofía e Isabella Ramón Gallego.

Demandado: SANITAS E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil – Presidente- Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Setenta y Dos Civil Municipal y Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Adriana del Socorro Gallego, en representación de sus hijas menores Sofía e Isabella Ramón Gallego, contra SANITAS E.P.S.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día veinticuatro (24) de mayo de 2005, la señora Adriana del Socorro Gallego, solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad

social, a la salud e igualdad ante la ley, a una pronta respuesta y protección a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, presuntamente vulnerados por la negativa de SANITAS E.P.S de suministrarle las VACUNAS SINAGYS PALIVIZUMAB a sus hijas menores, quienes por haber nacido con tan solo 32 semanas de gestación, o sea prematuras, se encuentran en riesgo de adquirir la infección por virus sincitial respiratorio.

1.Hechos de la demanda

La señora Adriana del Socorro Gallego, quien se encuentra afiliada a SANITAS EPS y COLSANITAS Medicina Prepagada, el día 6 de abril de 2005, dio a luz por cesárea dos bebés de sexo femenino, con una edad gestacional de 32 semanas, consideradas por ello prematuras extremas, según consta en la historia clínica de cada una de ellas.

Como quiera que por el hecho de la prematurez, las menores se encuentran en el grupo de alto riesgo de contraer una enfermedad llamada “infección por virus sincitial respiratorio”, un médico adscrito a la Clínica COLSANITAS les ordenó las vacunas PALIVIZUMAB- SINAGYS.

El día viernes 13 de mayo de 2005, la accionante radicó una solicitud ante la entidad demandada, para que le autorizaran a sus hijas las VACUNAS enunciadas, lo cual fue negado por el Comité Técnico Científico de la EPS SANITAS, con el argumento de que las mismas no se encuentran incluidas en los Acuerdos 228 de 2002 y 282 de 2004 expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante los cuales se definió y actualizó el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

Ante la negativa de la EPS SANITAS de suministrarle las vacunas a las menores, la accionante, el 24 de mayo del presente año, presentó acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud de las menores

El Juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá mediante providencia del 26 de mayo de 2005 impartió medida provisional ordenando a la entidad demandada suministrar la primera dosis de las vacunas mencionadas, al igual que decidió vincular a la Superintendencia Nacional de Salud, para que indicara si SANITAS EPS debía suministrar el medicamento prescrito y si el mismo se encuentra dentro del POS. Dicha entidad que respondió refiriéndose a la jurisprudencia constitucional señaló, que en virtud del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, no puede suspenderse un tratamiento o un procedimiento,

poniendo en riesgo la vida y la integridad física de las personas, por el hecho de anteponer formalismos al cumplimiento de sus fines como entidad prestadora de un servicio público.

En cuanto a la capacidad económica la accionante manifestó que su ingreso es de \$3.472.000 y sus gastos mensuales son” El arriendo del apartamento \$ 1.800.000 con administración, el sostenimiento de mi mamá \$700.000 mil pesos, la enfermera de noche \$ 650.000, la niña del servicio \$405.000 pesos, más la alimentación mía y de las niñas \$1.200.000 pesos mensuales, servicios públicos \$300.000 pesos...la gasolina del carro \$ 450.000 pesos, la medicina prepagada de mis hijas \$ 480.000 pesos de mis hijas mi mamá y yo”.

Del mismo modo señaló, que su compañero permanente, de nacionalidad mexicana tampoco está en condiciones de asumir el gasto de las vacunas, puesto que en estos momentos está en proceso de residenciarse en Colombia, tratando de presentar propuestas para desarrollar un proyecto de una compañía de su propiedad relacionada con a servicios CALL CENTER.

2. Fundamentos de la acción y pretensiones

La accionante considera que SANITAS EPS, le está vulnerando los derechos a la vida, seguridad social, salud, igualdad ante la ley, a una pronta respuesta, y a la protección de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por la negativa de autorizarle el suministro de las vacunas PALIVIZUMAB- SYNAGIS a sus hijas menores de edad, quienes por haber nacido a las 32 semanas de gestación, es decir prematuras, requieren de las mismas para evitar adquirir el virus respiratorio Sincitial.

En consecuencia, solicita al juez de tutela se ordene a la entidad demandada el suministro de las vacunas PALIVIZUMAB- SYNAGIS a sus hijas menores.

3. Respuesta de SANITAS E.P.S

Mediante escrito del día tres (3) de junio del año en curso SANITAS E.P.S, manifestó, que no existe vulneración a los derechos fundamentales de las menores, puesto que la vacuna ordenada PALIVIZUMAB - SYNAGIS, no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual no fue autorizada por el Comité Técnico Científico de dicha entidad, por no cumplir con los criterios de autorización estipulados en el artículo 6 de la Resolución 3797 de

2004.

Basándose en el contenido de la Sentencia de la Corte Constitucional T-683 de 2000, señaló, que la accionante no cumple con los requisitos para la inaplicabilidad de las reglas que rigen el Plan Obligatorio de Salud, y refiriéndose a la capacidad económica de la demandante afirmó, que es de su conocimiento que la accionante tiene un ingreso base de cotización de \$ 3.472.000. Por esa razón, solicitó al señor juez solicitar a los padres de las menores las pruebas que permitan confirmar la falta de la capacidad de pago del medicamento en cuestión, teniendo en cuenta que el sistema de seguridad social en salud ha sido estructurado entre otros, sobre el principio de la solidaridad, por lo que de su viabilidad financiera depende que se cumpla con la normatividad que le rige, pues de lo contrario, se pondría en grave riesgo la salud de la población mas vulnerable y necesitada.

Señaló que: “ ...se advierte que el costo unitario de las vacunas no es el indicado por la accionante en su declaración (\$3.000.000) de pesos), sino que es de \$1.750.000 pesos, según la cotización ordenada por el despacho, obrante a folio 62 del expediente.”

Informó además, que si el Despacho Judicial desestima sus argumentos y decide acceder a las pretensiones de la accionante, solicita se le expida copia autenticada del respectivo fallo con destino a esa entidad y en la misma providencia se ordene al FOSYGA el pago a la E.P.S SANITAS del valor correspondiente a la vacuna PALIVIZUMAB-SYNAGIS.

4. Respuesta de la Superintendencia Nacional de Salud

En la providencia de admisión de la demanda de tutela, el Juez 72 Civil Municipal de Bogotá, dispuso vincular a la Superintendencia Nacional de Salud, quien mediante escrito del 31 de mayo del presente año, contestó oportunamente, poniendo de manifiesto su falta de legitimación en la causa por pasiva, frente a los hechos que constituyen el sustento de la presente acción de tutela.

Señaló dicha entidad, que no se encuentra dentro de sus funciones, la de autorizar o suministrar los tratamientos, procedimientos, intervenciones o medicamentos requeridos por los usuarios, sino que su competencia se circunscribe a hacer seguimiento e iniciar las correspondientes investigaciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento por parte de los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acogerse a las

normas que rigen el sistema.

Expuso los criterios de la Corte Constitucional, respecto a los casos en que deben inaplicarse las normas del Plan Obligatorio de Salud.

Indicó, que el derecho a la salud tiene carácter de fundamental por dos vías; la primera, cuando la persona requiere de ciertos servicios que no están dentro del P.O.S, pero que se requieren y son necesarios para el mantenimiento de la vida, la integridad física o la dignidad de la persona. En segundo lugar, de manera autónoma, cuando existen regulaciones, que generan un derecho subjetivo de las personas, por ejemplo en el caso de los menores de edad quienes tienen una protección constitucional reforzada.

Agregó, que los argumentos utilizados por la entidad accionada para negar la prestación de los servicios de salud no son de su aceptación, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha señalado que en virtud del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, no puede suspenderse un tratamiento o un procedimiento, poniendo en riesgo la vida y la integridad física de las personas, por el hecho de anteponer formalismos; y para el caso concreto de las gemelas, el médico tratante ha sido claro en identificar las causas por las cuales es necesario suministrar dicho medicamento.

5. Pruebas que obran en el expediente

- 1- Copia de la historia clínica de las menores. (Fl.4 y 7)
- 2- Copia de la fórmula médica de la vacuna SYNAGIS expedida por la Clínica COLSANITAS S.A (Fl 2)
3. Copia de los Registros Civiles de nacimiento de las menores (Fls.20 y 21)
4. Información dirigida por la E.P.S SANITAS a la accionante, en donde le informa que el Comité Técnico Científico no autorizó la vacuna Palivizumab requerida.(Fl.22).
- 5- Escrito dirigido al Juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá por la E.P.S SANITAS informándole que dio cumplimiento a la medida provisional, autorizando el suministro de las vacunas a las menores. (Fl.61)

6- Orden del medicamento no POS PALIVIZSUMAB-SYNAGIS (Fl.5)

7. Cotización llevada a cabo por la Clínica Marly, en donde le informa al Juez 72 Civil Municipal de Bogotá que la vacuna tiene un costo de \$ 1.750.000 por unidad (Fl. 62)

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de Primera instancia

En la providencia de admisión de esta acción de tutela del veintiséis de mayo del año en curso proferida por el Juzgado Setenta y Dos Civil Municipal de Bogotá, en consideración a que las niñas son menores de un año y tienen reforzada protección a la salud en nuestra Constitución Nacional, ordenó a SANITAS EPS, como medida provisional, el suministro a cada una de las menores de los medicamentos prescritos por el médico tratante, mientras se resuelve de fondo la presente acción.

Posteriormente, en fallo proferido el trece de junio de 2005, el mismo Despacho Judicial, decidió negar el amparo al derecho fundamental a la salud de las menores.

A tal decisión llegó el mencionado Despacho Judicial, después de considerar, que de conformidad con los planteamientos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia T-753 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, la accionante no cumple con los requisitos que deben tenerse en cuenta para la inaplicación de las normas que rigen el Plan Obligatorio de Salud.

Al respecto sostuvo, que de la ampliación de declaración que hizo la demandante, es posible determinar que los padres de las menores no cumplen con el requisito de la incapacidad económica que se exige para la inaplicación de las normas del Plan Obligatorio de Salud, por cuanto el costo unitario de las vacunas no es el indicado por la accionante en su declaración (\$ 3.000.000) sino que es de \$ 1.750.000 según la cotización ordenada por el Despacho. Igualmente la demandante indicó en su declaración que las menores se encuentran afiliadas a un plan complementario de salud, teniendo posibilidad por lo tanto de cubrir el valor de los medicamentos y tratamientos que no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, como es el caso de las vacunas SYNAGIS- PALIVIZUMAB ordenadas a las menores.

Finalmente afirma, que respecto a la medida provisional decretada con base en el principio

de continuidad por el Juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá, SANITAS EPS deberá efectuar el cobro directo al usuario.

2.Impugnación

La señora Adriana del Socorro Gallego impugnó el fallo de primera instancia por considerar que el juez omitió una serie de consideraciones y dictó un fallo sin conocimiento de su situación económica y de acceso a otros sistemas o planes de salud.

Agregó, que el juez omitió el hecho de que a cada una de las menores debían aplicarse tres dosis y que en su caso son dos niñas, para un total de tres vacunas en un lapso de tres meses por cada una; y que cada una de las vacunas tiene un costo de \$ 1.750.000 para un total de \$ 10.500.00 a erogar en un plazo de tres meses.

Afirmó, que su ingreso base de cotización es de \$ 3.472.000, lo que significa que dedicaría el total de su ingreso a pagar las vacunas durante esos tres meses, sin poder realizar otro gasto normal de subsistencia, lo que evidencia que el juez no contempló el resto de los gastos para el pago de sus necesidades básicas y su capacidad de gasto adicional.

Señaló, que sus gastos en solo vivienda es de \$ 1.780.000 incluyendo administración, fuera de los gastos normales de la familia, como servicios públicos, transporte, alimentación y demás.

Afirmó, que le parece muy irresponsable la actitud del juez de instancia por haber ordenado a la E.P.S accionada que le cobre de inmediato y sin previo análisis de su condición económica y capacidad de pago, las dosis aplicadas a sus hijas a raíz de una medida provisional. Le parece una forma de ataque del juez a ella y a sus hijas por atreverse a solicitar mediante tutela la protección de la salud de sus hijas menores argumentando una capacidad económica para cubrir el costo de las vacunas, que no posee.

Del mismo modo, SANITAS E.P.S mediante escrito del 20 de junio de 2005, impugnó el fallo de primera instancia y consideró que el juzgado de conocimiento no hizo referencia alguna a la facultad que le asiste a las EPS para hacer el recobro ante el FOSYGA, razón por la cual solicitó ordenar a dicha entidad el cubrimiento de las vacunas ordenadas por el juzgado de instancia como medida provisional, por cuanto las mismas no se encuentran dentro del Plan

Obligatorio de Salud.

3. Sentencia de Segunda Instancia

El Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, confirmó el fallo de primera instancia, pues consideró que se demostró que la accionante reporta como salario base de cotización, \$ 3.472.000 el cual no consulta con la realidad pues según declaración rendida ante el Juzgado de primera instancia el mismo es de \$ 4.900.000, lo que significa que cuenta con capacidad económica para obligarse en el pago del costo de las vacunas.

Agrega, que en cuanto a la inconformidad planteada por la entidad accionada y dado que en cumplimiento de la medida provisional se autorizó la entrega de las drogas, no tiene lugar la acción de recobro ante el FOSYGA, dado que precisamente se constató que la petente cuenta con los medios propios para sufragar el de la vacuna y por ende, es ante tal persona que en forma directa debe ejercer su acción de recobro.

En consecuencia, ordena a la accionante, cancelar a la E.P.S demandada el valor de las vacunas que le fueron autorizadas como medida provisional a favor de sus menores hijas y a que se hizo referencia en la tutela. En caso de que la accionante no realice el pago ordenado en el término de cinco días siguientes a la notificación de ese fallo, la entidad accionada podrá ejercer la acción de cobro por los rubros indicados.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Le corresponde a esta Sala de Revisión establecer, si resulta violatoria del derecho fundamental a la salud de las menores Sofía e Isabella Ramón Gallego, la actuación de SANITAS EPS, de negarse suministrar las vacunas SYNAGIS-PALIVIZUMAB ordenadas por el médico tratante, para prevenir el virus Sincitial respiratorio que se encuentran en alto riesgo de contraer por haber nacido las niñas con solo 32 semanas de gestación, esto es

prematuras.

Con el propósito de desarrollar y resolver el problema jurídico planteado, esta sentencia de reiteración de jurisprudencia tendrá la siguiente estructura.

Inicialmente, la Corte se referirá a las reglas jurisprudenciales que declaran que el derecho a la salud en el caso de los niños es en si mismo un derecho fundamental autónomo, sin necesidad para su protección mediante acción de tutela, que se encuentre en conexidad con otros derechos fundamentales.

Seguidamente, la Sala hará alusión al derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, que tienen los afiliados a las entidades prestadoras de salud, toda vez que la accionada se ha negado a suministrar la vacuna de manera ininterrumpida, constante y permanente, con el argumento de que el fármaco no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Posteriormente, se reiterarán las reglas formuladas por la jurisprudencia de la Corte, en aquellos eventos en los cuales, las Entidades Prestadoras de Salud deben suministrar medicamentos, pese a no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Todo esto con el fin de proteger los derechos fundamentales de quienes necesitan medicamentos o tratamientos para la protección de su vida.

Finalmente, la Corte analizará la ocurrencia de afectación del principio de los gastos soportables de los afiliados al régimen contributivo del Sistema de Salud, cuando el afiliado asume una carga desproporcionada para costear un procedimiento o medicamento que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Teniendo en cuenta las reglas reiteradas se procederá a resolver el problema jurídico planteado en el caso concreto.

REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

3.1 El derecho a la salud, fundamental en los niños

Los derechos fundamentales de los niños a partir de la Constitución Nacional de 1991, y dentro del marco del Estado Social de Derecho, han gozado de una protección constitucional

especial¹, derivada precisamente de la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentra sujeta esa población infantil, de forma tal que mediante esa protección especial se pretende garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, dando así cumplimiento al principio legal del interés superior.

Es así como el artículo 44 de la Carta Política, define los derechos de los menores como fundamentales², entre los cuales se encuentra el derecho a la salud.

En reiterada jurisprudencia la Corte ha señalado que la protección a la salud de los niños, a través de la acción de tutela, aunque no se demuestre la incapacidad económica de sus padres, puede proceder bajo determinadas circunstancias. Todo dependerá del caso concreto, en razón de que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental por sí mismo. Es decir, no es necesario demostrar la conexidad con otro derecho fundamental.

En conclusión, sobre el derecho a la salud, cuando se trata de menores de edad “es en sí mismo un derecho fundamental”, principio reiterado en la sentencia T-1279 de 2001, en los siguientes términos :

“En el presente caso basta, no obstante, recordar la tesis sostenida por la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas ocasiones en el sentido de que cuando se trata de niños en términos constitucionales, o sea personas menores de edad, el derecho a la salud es en sí mismo un derecho fundamental.³

“Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.

Por su carácter de derecho fundamental, el Estado tiene entonces la obligación de garantizar la atención de la salud de los menores, bien porque las prestaciones que ello implica se hagan efectivas en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales (...)”⁵

Así pues, es claro que para que un juez de tutela conozca de una acción de tutela en la que se invoca la protección al derecho a la salud de un niño, no es necesario que exista

conexidad⁶ alguna con cualquier otro derecho fundamental, pues como se dijo, en este caso la garantía constitucional adquiere la categoría de fundamental.

2.2. Ahora bien, el que el derecho a la salud, en sí mismo considerado, adquiera en el caso de los niños el carácter de fundamental no dice mucho sobre el alcance del derecho, así como tampoco sobre las limitaciones que sobre este puedan justificarse a la luz de la Constitución. Esto sin desmedro de que, en ciertas ocasiones se deriven de la norma sobre el derecho fundamental de los niños a la salud (art. 44 C.P.) derechos subjetivos concretos judicialmente exigibles de manera inmediata, en cabeza del menor titular del derecho. Un asunto es si un derecho ostenta el carácter de fundamental para determinar, entre otras cosas, los mecanismos idóneos para su protección, mientras que otro muy distinto es cuáles son los derechos subjetivos que se desprenden de la norma constitucional. El primer asunto se refiere a la exigibilidad del derecho y a las vías procesales idóneas para solicitar amparo judicial. El segundo toca con el alcance del derecho así como sobre los límites legítimos a su ejercicio para determinar los derechos subjetivos específicos que se encuentran dentro de su ámbito de protección en cada caso.” (sentencia T-1279 de 2001, M.P., doctor Manuel José Cepeda Espinosa)

En reciente jurisprudencia T-736 de 2005 (MP Dr. Rodrigo Escobar Gil), la Corte tuteló el derecho fundamental a la salud a una menor de edad y ordenó a Caprecom el suministro de los medicamentos ordenados por el médico para su enfermedad terminal.

Al efecto señaló lo siguiente:

“De acuerdo con esta sentencia, el juez constitucional para proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida, puede considerar no sólo aquellas circunstancias que pongan en riesgo la existencia biológica de la persona, sino también aquéllas que atenten contra una vida en condiciones dignas, es decir, aquélla que le permita al individuo el desarrollo de su proyecto de buen vivir en la sociedad en condiciones adecuadas.

En el caso de los menores la situación es distinta, ya que, como quedó dicho, la salud es por definición constitucional un derecho fundamental (Art. 44 C.P.). En ese sentido su protección por vía de tutela opera en forma autónoma, es decir, independientemente de su conexidad

con otro derecho fundamental”.

3.2 El derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud puede ser protegido a través de la acción de tutela cuando su interrupción vulnera por conexidad derechos fundamentales como la vida, la integridad física o la dignidad de la persona.

La Corte Constitucional ha considerado que el derecho de acceso a la seguridad social, previsto en los artículos 48 y 49 de la Constitución, abarca no sólo el acceso al sistema de salud como tal y su cobertura, sino también las garantías de permanencia de los afiliados en el sistema. Por este motivo, dentro del marco jurídico previsto por la Constitución y la ley de seguridad social, y como desarrollo de los principios de eficacia y universalidad, el Sistema General de Seguridad Social en salud está regido por unos principios especiales entre los que se destaca el de la continuidad en el servicio.

Con el principio de continuidad, se busca garantizar a los titulares del derecho a la atención en salud que han ingresado al Sistema General de Seguridad Social, la prestación ininterrumpida, constante y permanente de los servicios como una garantía de protección de sus derechos a la vida y a la salud. El principio de continuidad se materializa entonces en el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los servicios de salud y, en particular, de los tratamientos o procedimientos médicos que reciben o requieran según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario.

El fundamento de aplicación de la continuidad al régimen de seguridad social, y en especial al régimen de salud, obedece a dos razones fundamentales. En primer lugar, la continuidad constituye una característica esencial de todo servicio público, de modo que siendo la seguridad social en salud un servicio público obligatorio, su prestación debe ser regular y continua, sin interrupciones, salvo que exista una causa legal que lo justifique y siempre que la misma encuentre ajustada a las garantías y derechos constitucionales.

En segundo lugar, la atención de la salud se rige por los principios de universalidad y eficiencia, que se materializan en la vinculación progresiva y efectiva de todos los habitantes del territorio nacional al sistema general de salud a través de alguno de los regímenes previstos legalmente (contributivo, subsidiado o vinculado), con lo cual una vez que la persona ingrese a dicho sistema, existe una vocación de permanencia y no puede, por regla

general, ser separada o desvinculada del mismo. 7

Frente a este tema la Corte ha señalado recientemente:

“Los artículos 488 y 499 de la Constitución consagran que la atención a la salud es un servicio público y que puede ser prestado por un particular bajo la supervisión del Estado. Por lo tanto, al ser la salud un servicio público no puede interrumpirse su prestación, ya que el servicio público se caracteriza por la continuidad en la prestación del mismo. Además, la continuidad en la prestación hace parte del principio de eficiencia.¹⁰

Para la Corte es claro que el servicio de salud solo puede ser interrumpido cuando exista una causa de ley. En la Sentencia T-618 de 2000 indicó.” Uno de los principios característicos del servicio público es la eficiencia y, específicamente este principio también lo es de la seguridad social. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, es decir, que no debe interrumpirse la prestación salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales...¹¹ (Sentencia T-746 de 2002,(MP Marco Gerardo Monroy Cabra)

A partir del fundamento jurídico que identifica el principio de continuidad, la jurisprudencia constitucional ha definido el alcance del derecho ciudadano a no ser víctima de interrupciones injustificadas en la prestación de los servicios de salud, fijando los criterios que obligan a las entidades promotoras y prestadoras de salud (E.P.S, A.R.P, I.P.S) a garantizar y asegurar su continuidad. Sobre esa base, ha sostenido la Corte ¹²(I) que las prestaciones en salud, como servicio público obligatorio y esencial, tienen que ofrecerse de manera eficaz, regular, permanente y de calidad; (II) que las entidades prestadoras del servicio deben ser diligentes en las labores que les corresponde desarrollar, y deben abstenerse de realizar actuaciones ajenas a sus funciones y de omitir el cumplimiento de obligaciones que conlleven la interrupción injustificada de los servicios o tratamientos;(III) que los usuarios del sistema de salud no pueden ser expuestos a engorrosos e interminables trámites internos y burocráticos que puedan comprometer la permanencia del servicio, y (IV) que los conflictos de tipo contractual o administrativo que se presenten con otras entidades o al interior de la propia empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y finalización óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados.

De esa manera, esta Corporación ha dejado claro que, tanto las entidades públicas como las privadas que intervienen en la prestación de los servicios de salud, por acción o por omisión en el cumplimiento de sus funciones, no pueden comprometer la continuidad del servicio y, por tanto, la eficiencia y eficacia del mismo, mucho menos si con su proceder irregular se pueden poner en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios.

3.3 Requisitos que deben tenerse en cuenta para la inaplicación de las disposiciones del POS en cuanto al suministro de medicamentos.

La Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado, que para que proceda la inaplicación de las disposiciones reglamentarias que rigen el Plan Obligatorio de Salud, deben reunirse las siguiente condiciones:

A-“Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

B- “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario”.

C. “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” 13

D.“Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

Esta fue la regla jurisprudencial utilizada por esta Corporación en la Sentencia T-344 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) que revisó la decisión de un juez de tutela que concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de una persona que padecía

de artritis reumatoide severa, circunstancia que llevó a que su médico tratante le prescribiera un medicamento por fuera del POS, cuya entrega fue negada por el Comité Técnico Científico bajo el argumento de la ausencia de utilización de las alternativas terapéuticas que sí estaban contempladas en el plan obligatorio.

En el mismo sentido, la Corte en reciente jurisprudencia, T-499 de 2005 (MP Dr. Rodrigo Escobar Gil) tuteló los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida a una accionante y ordenó a SALUDCOOP Seccional Cartagena, suministrar a la paciente un medicamento no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud.

3.4 Principio de proporcionalidad en las cargas que asumen los afiliados al régimen contributivo del Sistema de salud-Principio de gastos soportables.

El criterio de proporcionalidad en las cargas desde el punto de vista del derecho a la salud, permite valorar casos en los cuales la persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos económicos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje importante de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la EPS respectiva no esté en la obligación de asumir.

Cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada el principio de gastos soportables se ve afectado.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe presumirse que la persona afiliada al régimen contributivo de salud cuenta con la capacidad de pago necesaria para asumir por si mismo el valor de tratamiento o medicamento. No obstante, debe existir prueba respecto a la existencia de una carga desproporcionada para el actor.

Un elemento central para determinar la posible vulneración de derechos fundamentales de un paciente, con ocasión de la denegación del suministro de un medicamento no POS es la capacidad de pago del mismo o el análisis de lo soportable de la carga económica respecto del mínimo vital del afiliado.

Lo relevante en cuanto al examen de la capacidad económica, es el análisis de si el costo de los medicamentos o procedimientos médicos afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado si la obligación que le compete resulta desproporcionada e

incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud.

El juez de tutela debe adelantar un análisis probatorio cualificado para establecer la incapacidad económica de la persona que reclama la protección constitucional de sus derechos.

La aplicación de la regla de incapacidad económica ha permitido conceder la tutela en casos donde la carga impuesta al paciente es desproporcionada.

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el juez de tutela juega un papel fundamental al momento de establecer probatoriamente la incapacidad económica del usuario frente al pago de medicamentos o procedimientos médicos. Al respecto, ha anotado que en muchos de los casos resulta de particular complejidad determinar la capacidad económica para efectos de obtener el pago.

Pueden presentarse situaciones donde la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es alto respecto a esta específica capacidad o la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es razonable respecto a esta capacidad, pero sobreviene una carga desproporcionada al romper el equilibrio de gastos familiares.

En lo que al criterio de proporcionalidad se refiere, la limitación de un derecho fundamental no puede ser exagerada en relación al interés que se pretenda proteger. Ello puede ocurrir cuando una aplicación irrazonable de la regla de incapacidad económica genere una afectación injustificada en el derecho fundamental de acceso a la salud a través del régimen contributivo. En este sentido, la medida solo será constitucional si los beneficios que se logran tienen un valor constitucional que excede las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. Lo anterior significa que, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. es desproporcionadamente costosa respecto a su

capacidad de pago y se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo mediante acción de tutela.

La aplicación de la regla de incapacidad económica ha permitido conceder la tutela en casos donde la carga impuesta al paciente es desproporcionada. Así, en la sentencia T-1007 de 2003 se consideró que el medicamento requerido por el usuario lo privaba de los recursos necesarios para garantizar su mínimo vital, toda vez que su único ingreso económico era una pensión de jubilación equivalente al salario mínimo. En dicho fallo, se precisó que una consideración nominal sobre la posibilidad de asumir el costo de una prestación de salud, podía conducir a consecuencias inadmisibles constitucionalmente.

De igual manera, en la sentencia T-883 de 2003, (MP Jaime Córdoba Triviño) la Corte revocó la sentencia de instancia al considerar que, si bien la actora era acreedora de una pensión de sobrevivientes equivalente al salario mínimo mensual, no por ello podía admitirse que ese ingreso fuera suficiente para asumir el valor de los medicamentos. Ello generaría que “casi la totalidad de la mesada estaría destinada al pago de los fármacos, circunstancia que atenta contra el carácter de sustento al mínimo vital que la jurisprudencia constitucional otorga a la pensión de jubilación de los adultos mayores”. La Corte resaltó, entonces que:

“El requisito jurisprudencial expuesto sobre la insuficiencia de recursos económicos no se considera insatisfecho por el simple hecho que el afectado tenga algún ingreso, sino que debe acreditarse que éste es suficiente para sufragar el valor del tratamiento o fármaco requerido y, a su vez, permite financiar las demás condiciones materiales necesarias para garantizar la subsistencia. Esto porque es inadmisibles aceptar que con el objeto de solventar los gastos propios de la atención en salud indispensable para el ejercicio cierto de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la integridad física, deba afectarse el mínimo vital del paciente y su núcleo familiar dependiente. En este sentido, la función del juez constitucional no concluye con la comprobación de la existencia del recurso económico percibido por el actor, sino que es su deber verificar, con base en las condiciones particulares de aquél, si el pago de los gastos relacionados con el suministro del medicamento o la práctica del procedimiento médico resulta compatible con el mantenimiento de los requerimientos materiales destinados a la subsistencia en condiciones aceptables y armónicas con el principio de dignidad humana. Como es manifiesto en el asunto de la referencia, la labor del juez de conocimiento se restringió solamente a la

primera tarea y por ello, se muestra claramente insuficiente”.

En el mismo sentido, en reciente jurisprudencia la Corte Constitucional mediante Sentencia T-771 de 2005 (MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández) revocó el fallo del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali que había negado la tutela a una persona con el argumento de que su situación económica, aunque no era la mejor, tampoco era crítica para conceder el amparo a sus derechos.

Al efecto manifestó lo siguiente :

En el mismo sentido, esta Corporación ha explicado que no es una razón suficiente para negar el amparo solicitado que el afiliado posea algún ingreso sino que debe acreditarse que éste es suficiente para asumir el valor del tratamiento excluido del POS y, a su vez, permita financiar las demás obligaciones personales, familiares y económicas del afiliado. Al respecto en la Sentencia de Unificación SU-819 de 1999, reiterada entre otras, en la sentencia T-564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte señaló:

“el usuario del servicio de salud que cuente con recursos económicos para comprar los medicamentos que no estén en el listado de cobertura del POS deben ser asumidos por ellos, sin embargo, se deberá tener en cuenta, aquella parte de los ingresos que se pueden tomar del flujo de ingresos mensuales del usuario, sin menoscabar aquellos destinados para vivienda, educación, seguridad social (aportes para salud y pensiones), y demás elementos que permitan asegurar una subsistencia digna, como la alimentación y el vestuario¹⁴”.

De acuerdo con los parámetros jurisprudenciales en mención, se examinará el caso concreto.

4. EL CASO CONCRETO

En el caso objeto de revisión, la acción de tutela se dirige, específicamente a obtener del juez constitucional una decisión de protección en el sentido de ordenar a la E.P.S SANITAS, el suministro de la última dosis del ciclo de vacunas SYNAGIS-PALIVIZUMAB a las menores gemelas Sofía e Isabella Ramón Gallego, indispensable para estabilizar su estado de salud, deteriorado por el hecho de haber nacido de forma prematura, sólo con 32 semanas de gestación, lo que las hace especialmente vulnerables a adquirir el virus sincitial respiratorio,

según el concepto del médico que les ordenó dichas vacunas.

La Sala tendrá presente, como base para adoptar una decisión, los siguientes elementos de juicio acreditados en el expediente. Para decidir, se tendrá en cuenta que:

-La autorización del suministro de dicha vacuna fue negada a la accionante por el Comité Técnico Científico de la entidad demandada aduciendo no cumplir con los requisitos señalados en la Resolución 3797 de 2004, expedida por el Ministerio de Salud, razón por la cual la madre de las menores interpuso la acción de tutela objeto de revisión.

-La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Oficio 1285 del 31 de mayo del presente año consideró que: “En el caso de las pacientes Isabella y Sofía Ramón Gallego, a quienes por prescripción médica se dispuso suministrarle el medicamento denominado Pavilizumab/Synagis, por considerarlo la mejor terapéutica a seguir para evitar complicaciones mayores en las menores dada su prematurez pese a que el mismo no se encuentra dentro del manual de medicamentos del POS, este despacho considera que la negativa de la entidad accionada de no proporcionar el medicamento prescrito por el médico tratante compromete derechos de orden constitucional como lo ha establecido la jurisprudencia de la alta Corporación constitucional en varias ocasiones.....

En el presente caso, los argumentos utilizados por la entidad accionada para negar la prestación de servicios de salud no serían de recibo, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en virtud del principio de continuidad, en la prestación del servicio de salud no puede suspenderse un tratamiento o un procedimiento, poniendo en riesgo la vida y la integridad física de las personas, por el hecho de anteponer formalismos y para el caso concreto de las gemelas Ramón, el médico tratante ha sido claro en identificar las causas por las cuales es necesario suministrar dicho medicamento.”

- De acuerdo con la información suministrada por la E.P.S. sobre el ingreso base de cotización de la peticionaria, se tiene que sus recursos mensuales ascienden a la suma de \$3.472.000. los cuales se distribuyen así: “El arriendo del apartamento \$ 1.800.000 con administración, el sostenimiento de mi mamá \$700.000 mil pesos, la enfermera de noche \$ 650.000, la niña del servicio \$405.000 pesos, más la alimentación mía y de las niñas \$1.200.000 pesos mensuales, servicios públicos \$300.000 pesos...la gasolina del carro \$ 450.000 pesos, la medicina prepagada de mis hijas \$ 480.000 pesos de mis hijas mi mamá y

yo”.

- La demandante convive con el padre de las menores, quien es de nacionalidad mexicana y en estos momentos está en proceso de residenciarse en Colombia, tratando de presentar propuestas para desarrollar un proyecto de una compañía de su propiedad que ofrece servicios de CALL CENTER.

- El ciclo de vacunas, prescrito a las menores, está compuesto por tres dosis para cada una. La primera fue suministrada como resultado de la medida provisional proferida por el Juzgado Setenta y Dos Civil Municipal de Bogotá; la segunda dosis, según información suministrada a esta Sala por la demandante, fue adquirida por sus propios medios, quedando entonces pendiente la tercera y última dosis, la cual no le ha sido suministrada a las menores ya que, según la demandante, ni ella ni su compañero permanente han podido adquirirlas por carecer de recursos económicos.

- Con relación a la oportunidad que tienen las menores de completar el ciclo de vacunas, de acuerdo con información suministrada a la Sala, la doctora María S Guzmán, Pediatra Neonatóloga de COLSANITAS, justificó el suministro de las vacunas a las menores durante el primer año de vida.

- Como quiera que a la fecha, las menores cuentan con 8 meses de edad, toda vez que el nacimiento tuvo lugar el día 6 de abril de 2005, aún se encuentran en riesgo de adquirir el virus respiratorio antes mencionado, lo que significa que aún están a tiempo de completar el ciclo completo de las vacunas ordenadas por el médico tratante.

- El costo de las vacunas asciende a la suma de \$3.500.000, en razón a \$1.750.000 por cada unidad.

Teniendo en cuenta que las vacunas son medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, entra entonces la Sala a verificar los requisitos de procedibilidad señalados por la Corte en esta clase de casos, con el fin de establecer a cargo de quien está el suministro de las mismas.

De acuerdo con los elementos de juicio mencionados en la presente tutela encuentra la Sala, que la EPS SANITAS violó el derecho a la salud, a la vida y, especialmente, el derecho a la

continuidad en la prestación del servicio de salud, al abstenerse de suministrar la última dosis del ciclo de vacunas ordenadas por el médico tratante.

En efecto, encuentra la Sala que las vacunas fueron prescritas, con el fin de aliviar las deficiencias inmunológicas y respiratorias de las menores, que como ya se dijo, nacieron de manera prematura. Esto significa que la interrupción del tratamiento desconoce su derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud y lesiona directamente su derecho a la salud y a la vida, pues se interrumpió de forma injustificada, un tratamiento que resulta necesario para el tratamiento de sus afecciones.

Como se mencionó en las consideraciones generales de esta providencia, a los menores y, en general, a los usuarios del sistema de seguridad social en salud, les asiste un derecho a no ser víctimas de interrupciones injustificadas de los servicios que requieren con urgencia. La Sala considera entonces, que la EPS SANITAS, al interrumpir el suministro de la última dosis de las vacunas a las menores, está poniendo en peligro sus vidas, por cuanto requieren de las mismas para conservar su salud.

Respecto al requisito de la carencia de medios económicos para la procedencia de la inaplicación de las normas que rigen el plan obligatorio de salud, la Sala considera, que aunque la accionante devenga un salario de \$3.472.000, los gastos mensuales que debe asumir para la manutención de su familia, descartan el hecho de que esté en capacidad para asumir el costo de las vacunas que asciende a \$3.500.000, valor que supera al monto de sus ingresos mensuales. Esta imposibilidad para asumir el costo del medicamento se extiende a su compañero permanente, que como ya se vio tiene nacionalidad mexicana, y hasta ahora se encuentra en proceso de obtener la residencia en Colombia con el fin de ejecutar proyectos económicos que le permitan subsistir en el país. En consecuencia, ni la accionante ni su compañero permanente están en condiciones de asumir el costo de las vacunas.

Como quiera que la entidad demandada aduce que las vacunas están fuera del Plan Obligatorio de Salud como razón para no suministrarlas, la Sala considera, que en el presente caso se dan los supuestos de hecho para que proceda la inaplicación de las normas que rigen el Plan Obligatorio de Salud, pues de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, no duda la Sala en considerar, que al no suministrar la vacuna a las menores se está amenazando su derecho fundamental a la salud. La misma entidad demandada señaló

en el formato de medicamentos ambulatorios que “ Se considera con riesgo alto para adquirir virus Sincitial respiratorio por su premarutez, teniendo en cuenta la eficacia del Synagis en reducir la hospitalización creciente en estos prematuros”

Con respecto al requisito de la no existencia de un medicamento con el mismo nivel de efectividad al excluido del plan obligatorio de salud, para la procedencia de la inaplicación de las normas de mismo, en este caso, las vacunas SYNAGIS-PALIVIZUMAB ordenadas a las menores, la Sala considera que la entidad demandada no demostró que pudiera suministrarse a las menores otro fármaco con los mismos efectos médicos, concluyendo además, que tales alternativas no fueron sugeridas por el médico tratante, pues de haberse comprobado que otro medicamento tenía igual efectividad la tutela hubiera resultado improcedente.

En lo que tiene que ver con el requisito relacionado con la necesidad de que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad de salud a la cual se encuentra afiliada la actora para que proceda la inaplicación de las normas existentes en el Plan Obligatorio de Salud, observa la Sala, que este se cumple a cabalidad, puesto que las vacunas fueron ordenadas por la doctora Maria S. Guzmán, médico adscrito a la Clínica COLSANITAS.

Lo anteriormente expuesto significa, que a pesar de la accionante contar con recursos económicos favorables, al verse obligada a adquirir las vacunas ordenadas a sus hijas menores por sus propios medios, se estarían afectando el derecho al mínimo vital de ella y su familia, puesto que se vería obligada a destinar un porcentaje importante de sus recursos al cubrimiento de dichos medicamentos, no existiendo por lo tanto proporcionalidad en las cargas desde el punto de vista del derecho a la salud, afectando así el principio de gastos soportables por la existencia de una carga desproporcionada para la actora.

En consecuencia, teniendo en cuenta el criterio de proporcionalidad en las cargas, en el caso concreto, la Sala no comparte los argumentos de los juzgadores de instancia para negar el amparo a las menores bajo la consideración de que la accionante cuenta con suficientes recursos económicos para cubrir el costo de las vacunas, puesto que se estaría aplicando de manera irrazonable la regla de la incapacidad económica, para la procedencia de la inaplicación de las normas que rigen el plan obligatorio de salud, por cuanto que si bien es

cierto que existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asumiría al costear las vacunas resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar de la accionante.

En esta medida, la Corte encuentra que, en este caso, es la acción de tutela, el mecanismo adecuado para preservar el derecho fundamental a la salud de las menores, pues con la omisión de la entidad demandada de suministrar en forma continua el ciclo completo de vacunas, está poniendo en peligro la vida digna de las gemelas sometiénolas con su comportamiento a una situación de indefensión, en la cual se afecta su subsistencia digna.

En consecuencia, la Corporación procederá a tutelar el derecho fundamental a la salud de las menores y en consecuencia revocará los fallos de los Juzgados Setenta y Dos Civil Municipal y Trece Civil del Circuito de Bogotá, incluyendo la decisión de adición de la sentencia proferida por este último Despacho Judicial, en el sentido de ordenar a la accionante cancelar a la entidad demandada el valor de las vacunas que como medida provisional ordenó dicho despacho judicial; y en su lugar se advertirá a SANITAS EPS que puede repetir contra el FOSYGA en los gastos que no le corresponde autorizar, por encontrarse excluidos del POS.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho a la salud de las niñas Sofía e Isabella Ramón Gallego y en su lugar REVOCAR los fallos proferidos por los Juzgados Setenta y Dos Civil Municipal y Trece Civil del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- CONCEDER la tutela para la protección del derecho a la salud y ORDENAR a SANITAS EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a ordenar el suministro de la vacuna SYNAGIS-PALIVIZUMAB a cada una de las menores, de acuerdo con la prescripción hecha por el médico tratante.

TERCERO. INAPLICAR con base en el artículo 4º de la Constitución Política y para el caso concreto de las niñas Sofía e Isabela Ramón Gallego representadas por la señora Adriana del Socorro Gallego, la norma reglamentaria del Plan Obligatorio de Salud que excluye el

medicamento SYNAGIS- PALIVIZUMAB

CUARTO. ADVERTIR a SANITAS EPS que podrá repetir contra el FOSYGA por el valor de las vacunas.

QUINTO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional, sentencia T421 de 2001.

2 ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

4 “Artículo 44 — Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, (...)”

5 Sentencia T-075/96; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

6 En varios casos la Corte ha derivado de la Constitución misma el derecho a que se practiquen cirugías o se suministren ciertos medicamentos, a pesar de no estar contemplados dentro del Plan Obligatorio de salud (POS), debido a que está en juego otra garantía constitucional. Por ejemplo: prótesis de las extremidades inferiores (T-941/00), atención integral de sida (T171/99 y T-1166/00), pañales a personas de la tercera edad (T-099/99), atender una inflamación crónica en la vejiga (T-975/99), suministro de viagra a personas con disfunciones sexuales (T-926/99) o drogas para la depresión (T-409/00).

7 Sobre este punto pueden consultarse las Sentencias T-746 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y C -800 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

8 Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

9 Artículo 49: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...”

10 Ver Sentencia SU-562 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero)

11 Sentencia T-618 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero)

12 Ver, entre otras, las Sentencias T-1198 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-1218 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-246 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández)

13 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-237/03.

14 Parte final de la sentencia SU-819 de 1999, MP. Álvaro Tafur Galvis y reiterada, entre otras, en la Sentencia T-564 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra.