

Sentencia T-300-09

(Bogotá DC, abril 27)

Referencia: Expediente T-2.113.334.

Accionante: Adriana María Rodríguez Mejía

Accionado: COLMÉDICA EPS

Fallo objeto de revisión: sentencia del Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá D.C., del 2 de septiembre de 2008, que confirma la sentencia del Juzgado Treinta y Tres Civil Municipal de Bogotá D.C., del 24 de junio de 2008.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

1.1. Derechos fundamentales invocados: vida, salud, seguridad social y derechos de los niños.

1.2. Hecho vulnerador: falta de suministro de las vacunas de neumococo, rotavirus, hepatitis A, influenza y varicela, por no estar dentro del POS del régimen contributivo.

1.3. Pretensión: Se ordene a la EPS COLMÉDICA, el suministro y aplicación de las vacunas peticionadas en favor del menor Ángel Felipe Campos Rodríguez.

1.4. Fundamento de la pretensión:

1.4.1. La señora Rodríguez Mejía asevera que de conformidad con los planes de salud existentes es obligación de los padres llevar a vacunar a los hijos menores de cinco años, con las vacunas de neumococo, rotavirus, hepatitis, influenza y varicela.

1.4.2. Dado que las vacunas solicitadas, no son cubiertas por parte de la EPS accionada, por cuanto no hacen parte del POS del régimen contributivo y teniendo en cuenta que ella es una madre cabeza de familia que en la actualidad se encuentra desempleada, solicita a través de la tutela se ordene el suministro de las mismas. Por último advierte, que la negación ha sido efectuada de manera verbal, por la EPS accionada.

2. Respuestas e intervenciones.

2.1. Respuesta de COLMÉDICA EPS.

2.1.1. La accionada informa que el menor Ángel Felipe Campos Rodríguez, se encuentra afiliado en su condición de beneficiario del Plan Obligatorio de Salud en el régimen contributivo, ofrecido por Colmédica E.P.S., y como tal tiene derecho a recibir los servicios de salud contemplados dentro del POS.

2.1.2. En sus registros de información, aparece que la actora había interpuesto anteriormente otra acción de tutela en busca del suministro de las vacunas peticionadas en esta ocasión, no sólo para el menor Ángel Felipe Campos Rodríguez, sino para su otra hija Valeria Tovar Rodríguez. El proceso en mención fue conocido por el Juez 50 Civil Municipal de Bogotá, quien ordenó como medida provisional el suministro de las mismas.

2.1.3. Dado que no existía orden médica que prescribiera su aplicación, COLMÉDICA EPS, coordinó una valoración con un galeno adscrito a la red del POS de esa entidad, para que determinara las vacunas que requerían los pacientes según su edad, situación epidemiológica, comorbilidad y riesgo beneficio. Una vez valorados los menores, se determinó que requerían las siguientes vacunas: (i) Ángel Felipe Campos Rodríguez: Rotavirus y Neumococo; Valeria Tobar Rodríguez: Neumococo, Hepatitis A y varicela.

2.1.4. Posteriormente, el Juez 50 Civil Municipal de Bogotá al dictar la sentencia de primera instancia (proceso instaurado anteriormente), negó el amparo dado que no existía orden médica para el suministro de las vacunas peticionadas. No obstante lo anterior, concedió el recobro ante el Fosyga por las suministradas por la EPS accionada en cumplimiento de la medida provisional adoptada inicialmente por ese despacho judicial, y

en consideración de que no estaban contempladas dentro de la cobertura del POS.

2.1.5. La madre del menor impugnó el fallo, siendo este confirmado por el Juez 12 Civil del Circuito de Bogotá.

2.1.6. Con fundamento en el lo expresado, la accionada manifiesta, que la actora pretende mediante este mecanismo, que se obligue a esa entidad a suministrar unas vacunas o que ya se aplicaron o que no están prescritas por el médico tratante al menor Ángel Felipe (rotavirus, neumococo, hepatitis A, influenza y varicela). En cumplimiento de la medida provisional adoptada en la anterior tutela COLMÉDICA EPS, autorizó el suministro al menor ANGEL FELIPE CAMPOS RODRIGUEZ de las vacunas de Rotavirus y Neumococo.

Frente a las vacunas Hepatitis A, influenza y varicela, precisa que:

- Vacuna Hepatitis A: Debe aplicarse desde los 6 meses de edad o desde el año de edad, según la vacuna que sea utilizada.

- La de influenza: No debe aplicarse a menores de 6 meses, luego no habría en este momento indicación de uso en el niño.

- Varicela: Aplicación de primera dosis entre 12-18 meses de edad en adelante, luego, el niño no tendría indicación en el momento.

Reitera que el menor Campos Rodríguez no tiene indicación médica para la aplicación de las vacunas hepatitis A, influenza y varicela, ya que tan solo tiene 5 meses de edad y es un niño sano que no requiere este tipo de vacunas.

2.1.7. No es de recibo para esa entidad, que la madre de los menores, sin existir orden médica ni relación entre la edad del menor y la edad para la aplicación de las vacunas y sin asistir a controles de pediatra, para que fuera dicho especialista el que indicara sobre su necesidad y pertinencia, pretenda vía de tutela lograr su aplicación. Sostiene que para autorizar las vacunas a menores debe existir orden médica en la que se indique el uso de las mismas, dado que estas se prescriben siguiendo criterio específico de edad, situación epidemiológica, comorbilidad (enfermedades en los niños) y riesgo beneficio.

2.1.8. Por tanto, solicita denegar la acción de tutela y dado que además, ya se tramitó otra acción de tutela idéntica a la actual, con los mismos extremos jurídicos o sea hay plena identidad de la accionante, accionada y fundamentos fácticos, tutela que por demás fue fallada a favor de la EPS accionada.

2.2. Intervención del Ministerio de la Protección Social.

2.1.1. Respecto a la solicitud de la accionante en relación con el suministro de las vacunas neumococo, rotavirus, influenza y hepatitis A, el Ministerio informa que dichas vacunas se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud.

2.1.2. De acuerdo con los artículos 48 y 49 de la C.P., la seguridad social es un servicio público que se prestará bajo la dirección del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezcan las Leyes. Por tanto, corresponde a éstas últimas, precisar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Dentro de ese contexto, existe un esquema de vacunación llamado PAI que es el que contempla las vacunas para las siguientes enfermedades: poliomielitis, meningitis tuberculosa, hepatitis B, difteria, tétanos, tosferina, meningitis por haemophilus, influenza, sarampión, rubéola parotiditis, fiebre amarilla, meningitis, meningococcia, en casos de “brotes epidémicos” detectados a través de diferentes biólogos. Así entonces, existen vacunas disponibles para las enfermedades tuteladas y otras que no están incluidas como la hepatitis A y la cólera, dado que su costo efectividad en términos de salud pública es muy baja; lo anterior quiere decir que estas vacunas tienen un alto costo para muy bajo impacto en términos de morbimortalidad. Sobre los costos indica, que la sola aplicación de la vacuna contra el neumococo supera con creces el costo de todo el esquema de vacunación, esto en términos de justicia distributiva no es viable en las condiciones y recursos disponibles del sistema. En cuanto a su eficacia, en términos de salud pública y de buscar el mayor bienestar para la mayoría de los Colombianos, en este caso el suplir con criterios de beneficencia la petición del usuario hacia el futuro afectaría el beneficio colectivo dado que, no existen los recursos suficientes para suplir las necesidades de toda la población e irían en detrimento de otros programas prioritarios como el SIDA. Además, la estructura misma del PAI se vería alterada en cuanto a capacidad de almacenamiento de Biólogos (cuarto frío) capacitación del personal y percepción de la comunidad en cuanto

a dificultad de seguir un esquema muy complicado por la cantidad de biólogos a implementar. Por lo expuesto, solicita sea excluido el Ministerio de la Protección Social de toda responsabilidad, ya que existe una causal de justificación.

3.- Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. La señora Adriana María Rodríguez Mejía es madre del menor Ángel Felipe Campos Rodríguez, quien se encuentra afiliado como beneficiario a COLMÉDICA EPS y al momento de instaurarse la acción de tutela tiene tan solo 5 meses de edad¹.

3.2. Anexa copia del registro civil de nacimiento del menor Ángel Felipe Campos Rodríguez y del carnet de afiliación del menor a la EPS accionada como beneficiario.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

Señala que como la actora ya había presentado anteriormente una acción de tutela contra COLMÉDICA E.P.S., para que se autorizara el suministro de las vacunas peticionadas en esta ocasión, debe negarse el amparo de las mismas. Sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte sobre los casos en que se puede entender desvirtuada la temeridad, concluye que para el caso no debe imponerse sanción a la tutelante en razón de que lo que pretende es defender los derechos de su hijo.

4.2. Impugnación.

La madre del menor impugna el fallo, aduciendo que el no suministro de las dosis que hacen falta de las vacunas neumococo, rotavirus, hepatitis A, varicela e influenza y demás vacunas que no están incluidas en el POS y que requiere su menor hijo, le resta condiciones de subsistencia.

No se puede afirmar validamente que ya se había presentado una tutela por los mismos hechos, dado que en la interpuesta inicialmente se había incluido a su menor hija Valerla Tobar Rodríguez, a quien se le suministraron las dosis que le faltaban de las vacunas neumococo, hepatitis A y varicela, no ocurriendo lo mismo con su menor hijo Ángel Felipe, como quiera que únicamente se le aplicó una dosis de las vacunas rotavirus y neumococo, faltando las demás dosis que se requieren conforme a las indicaciones de los médicos expertos en vacunación.

4.3. Fallo de Segunda Instancia (Sentencia del Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá D.C., del 2 de septiembre de 2008)

Precisa que revisadas las pruebas aportadas por la accionante, no aparece orden o prescripción médica de un galeno adscrito a la accionada, que indique la necesidad y pertinencia de las pretendidas vacunas para el menor Ángel Felipe. Quiere ello decir, que quien determinó la necesidad de la aplicación de las vacunas fue la madre del menor.

Los médicos pediatras, son quienes deben examinar y controlar el plan de vacunas para los menores y no corresponde a los padres y menos aún los jueces, determinar los casos y las épocas en que las vacunas se deban aplicar a los niños.

Además, la señora Rodríguez Mejía, ya había presentado otra acción de tutela en contra de la accionada y a favor de sus hijos Valeria Tobar Rodríguez y Ángel Felipe Campos Rodríguez, con la cual se pretendía el suministro de las vacunas neumococo, rotavirus, hepatitis A, influenza y varicela, la que fue negada en primera y segunda instancia.

El Despacho Judicial, no niega el temor que pueda tener la accionante, de que sus hijos puedan llegar a padecer alguna de las enfermedades que éstas vacunan protegen; pero al no existir prescripción del médico tratante del menor, que ordene el suministro de las pretendidas vacunas, mal puede el juez constitucional ordenar su suministro, a sabiendas de las implicaciones que tiene su aplicación, sin tener la historia clínica del niño Ángel Felipe Campos Rodríguez, por lo que confirma el fallo de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar esta providencia de tutela, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9, desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36, conforme a reparto dispuesto en Auto del 9 de noviembre de 2008 de la Sala de Selección de Tutela Número Doce de la Corte Constitucional.

2. El Problema Jurídico.

2.1. Corresponde a la Sala decidir si con la negativa de la EPS COLMÉDICA de autorizar que al menor Ángel Felipe Campos Rodríguez le sean suministradas las vacunas contra la hepatitis A, neumococo, rotavirus, influenza y varicela, por no estar contempladas dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y derechos de los niños, que se invocan en la demanda.

2.2. Para tales efectos, la Sala (i) reiterará su jurisprudencia en relación con la protección reforzada de los menores de edad en la prestación del servicio de salud; (ii) Reglas jurisprudenciales acerca de la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS; (iii) analizará las líneas jurisprudenciales existentes en relación con el suministro de vacunas excluidas del POS a menores de edad por vía de tutela; y (iv) resolverá el caso concreto.

2.3. Previamente al estudio del caso, la Corte deberá decidir si la accionante, está (i) legitimada para actuar en nombre de su menor hijo, y si además, (ii) ha incurrido en acción de tutela temeraria al haber presentado anteriormente otra tutela contra la EPS accionada solicitando la aplicación de las vacunas aquí peticionadas.

3. Cuestiones previas.

3.1. Legitimación por activa.

La señora Adriana María Rodríguez Mejía instaura la acción de tutela en nombre de su hijo Ángel Felipe Campos Rodríguez. El lazo de consanguinidad que invoca en la demanda, se constata con el registro civil de nacimiento que se anexa al expediente. En consecuencia, se estima que la actora ostenta legitimidad por activa para presentar la acción de tutela, pues de acuerdo con lo señalado en el artículo 306 del Código Civil la representación judicial del hijo menor de edad “corresponde a cualquiera de los padres”.²

3.2. Inexistencia de temeridad en la acción de tutela.

3.2.1. En relación con la actuación temeraria de que trata el artículo 38 del Decreto 2591 de 1993

, la Corte ha precisado que para que se configure tal actuación, deben presentarse los

siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa petendi; (iii) identidad de objeto; (iv) ausencia motivo expresamente justificado. Dado lo anterior, es procedente rechazar o decidir desfavorablemente la solicitud o declarar improcedente la acción e imponer las sanciones correspondientes.

3.2.2. No obstante lo anterior, ha señalado, que a pesar de confluir los elementos de identidad de partes, de causa pretendi y de objeto en acciones de tutela, no se configura la temeridad si se deriva de las siguientes situaciones: (i) las condiciones del actor que lo coloca en estado de ignorancia o de especial vulnerabilidad o indefensión en que actúa por miedo insuperable o la necesidad extrema de defender sus derechos; (ii) asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho; (iii) nuevos eventos que aparecen con posterioridad a la acción o que se omitieron en el trámite de la misma u otra situación que no se hubiera tomado en cuenta para decidir la tutela anterior que involucra la necesidad de protección de los derechos; y (iv) existencia de una sentencia de unificación de la Corte Constitucional. Dentro de ese marco y sin perjuicio de que puedan presentarse otras situaciones, el juez constitucional debe valorar en cada caso sus singularidades, partiendo de la presunción de buena fe de la actuación de los particulares ante la administración de justicia, siempre y cuando la justificación no contraríe los principios generales del derecho, ni los valores, ni los principios constitucionales aplicables a cada situación, para así adoptar la decisión más ajustada al artículo 86 de la Constitución, que pueden ser: (i) simple improcedencia de la acción; (ii) la adopción de una nueva decisión de fondo para la garantía efectiva y cierta de los derechos fundamentales, la prevalencia del derecho sustancial y el orden justo.

3.2.3. Para el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la actora había interpuesto otra acción de tutela contra la EPS accionada donde había solicitado la aplicación de las vacunas de hepatitis A, neumococo, rotavirus, influenza y varicela para su hijo Ángel Felipe Campos Rodríguez. Respecto de dicha actuación, la actora aclara que no existe identidad entre los amparos constitucionales impetrados por ella, dado que en el anterior había incluido a su menor hija Valerla Tobar Rodríguez, a quien se le suministraron las dosis que le faltaban de las vacunas neumococo, hepatitis A y varicela, no ocurriendo lo mismo con su menor hijo Ángel Felipe, como quiera que a este último únicamente se le aplicó la primera dosis de las vacunas rotavirus y neumococo, faltando las demás dosis que se requieren conforme a las indicaciones de los médicos expertos en

vacunación.

3.2.4. La Sala estima, que si bien existen nexos en común en ambos procesos no son exactamente iguales. Además, no se evidencia una actuación de mala fe, ni un abuso del derecho por parte de la accionante, por lo que la Sala en el presente caso, considera que no existe temeridad y por tanto entrará a pronunciarse de fondo sobre el asunto.

4. Consideraciones generales.

4.1. Protección reforzada de los menores de edad en la prestación del servicio de salud. Reiteración de Jurisprudencia.

No existe duda alguna que la seguridad social y la salud de los niños son derechos de carácter fundamental, tal y como lo prevé el artículo 44 de la C.P.. En cuanto a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración afectan derechos fundamentales como la vida y la integridad personal,⁴ ya que el derecho fundamental a la salud de los menores de edad goza de especial preponderancia en nuestro sistema jurídico.

4.2. Reglas jurisprudenciales acerca de la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS. Reiteración de jurisprudencia.

4.2.1. En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la C.P. y la Ley 100 de 1993, se ha reglamentado el servicio público esencial de seguridad social en salud estableciendo planes de beneficios, en particular se han diseñado los Planes Obligatorios de Salud para los afiliados al régimen contributivo y subsidiado, pudiendo ellos contener exclusiones y limitaciones de servicios, con fundamento en el criterio de la escasez de recursos del sistema y en el carácter programático y de desarrollo progresivo de los derechos prestacionales, lo que es constitucionalmente admisible, en tanto pretende salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud.

4.2.2. Este Tribunal ha aclarado sin embargo que, en determinadas situaciones, la aplicación de las exclusiones y limitaciones previstas en los Planes Obligatorios de Salud, pueden ocasionar vulneración de derechos fundamentales, lo que impone para

el caso la inaplicación de la reglamentación excluyente del tratamiento o medicamento requerido, y a cambio ordenar el suministro del mismo. Con ello se busca evitar que una regulación legal o administrativa afecte las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas.⁵

4.2.3. La Corte a elaborado los requisitos que deben verificar las autoridades para otorgar la protección del derecho a la salud en casos concretos e inaplicar normas reglamentarias de los Planes Obligatorios de Salud, a saber: i) La falta de medicamentos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física, pues no se puede obligar a la EPS o a la EPS-S a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos. ii) El medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el POS o en el POS-S o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. iii) El paciente no puede sufragar el costo de lo requerido. iv) El medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. o a la EPS-S a la cual se halle el paciente que demanda el servicio.⁶ De lo afirmado resulta claro entonces, que cuando se cumplen los eventos descritos anteriormente, las EPS, se encuentran obligadas a proporcionar a los pacientes, el medicamento o tratamiento requerido e indicado por el médico tratante, aún cuando el mismo no se encuentre dentro del listado oficial.

4.3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el suministro de vacunas excluidas del POS recetadas a niños.

4.3.1. En sentencia T-270/03, la Corte analizó el caso de una niña a la que se le diagnosticó asma y el médico tratante le había prescrito la aplicación de vacunas contra el virus de influenza y neumococo, tratamiento que resultó negado por la correspondiente EPS, por no estar incluidas dentro del POS, ni dentro de los programas de promoción y prevención que tenía el Gobierno establecido para cada zona del país. En esa ocasión, se hallaba probado en el expediente que la salud de la menor se encontraba en inminente riesgo, y que era necesario ordenar el suministro de las mencionadas vacunas. En esta providencia la Corte, especificó:

“(…)Se deduce que la salud de la menor esta en alto riesgo al no aplicársele las vacunas, ya que esta enfermedad es grave. Si bien es cierto, que con las vacunas, no tendría una

cura total, con las mismas, si se le estaría mejorando la calidad de vida a la menor, aliviándole sus dolencias”. (Subrayado fuera del texto original).

4.3.2. De igual manera, la Corte en sentencia T-1211/047, trató el caso de un niño, que después de padecer bronqueolitis, neumonía viral y bacteriana, quedó con una alta propensión a contraer enfermedades respiratorias. Ante esta situación, los padres del menor presentaron un derecho de petición ante la EPS solicitando el suministro de las vacunas contra el neumococo y el virus sincitial respiratorio. La EPS se opuso a la entrega de las vacunas bajo el argumento que estas no estaban incluidas dentro del -POS-. La Corte concedió el amparo solicitado y frente al tema de la necesidad de las vacunas en el caso concreto, puntualizó:

“El no suministro de las vacunas recetadas al menor Juan Diego, quien en su corta vida ha presentado graves problemas de salud, especialmente problemas respiratorios como neumonías virales y bacterianas, estaría expuesto a nuevas infecciones de esta índole, que comprometerían no solo su salud sino su propia vida, pues las lesiones respiratorias causadas por dichas infecciones afectan sustancialmente la capacidad de respuesta respiratoria y de defensa de su organismo”. (Subrayado fuera del texto original).

“Por ello, sí resulta importante y necesario, que en aras de garantizar una vida en condiciones dignas y un estado de salud apropiado, que las vacunas recetadas sean suministradas lo más pronto posible, pues debe de tenerse en cuenta que durante esta etapa de la vida, los riesgos de agravamiento de cualquier enfermedad, es aún mayor, y en este caso en particular, tienen un mayor riesgo dado el historial médico de complicaciones que ya acompañan al menor...”.(Subrayado fuera del texto original).

4.3.3. Por su parte, la Corte en la sentencia T-903/058, concedió el amparo solicitado por un padre de un recién nacido, al que le diagnosticaron bronconeumonía y le recetaron la vacuna antineumocócica. En este caso la EPS negó la tutela por no encontrarse dentro del POS y no estar en peligro la vida del paciente ante la no aplicación de la vacuna.

4.3.4. Ulteriormente en la sentencia T-502/069, se trató el asunto de una madre que solicitó el suministro de la vacuna contra el neumococo para su hijo de pocos meses de nacido. La EPS accionada negó el suministro, debido a que la vacuna se encuentra excluida

del -POS- y que la vida del bebé no estaba en peligro. El amparo solicitado se denegó, por cuanto se trataba de un hecho futuro e incierto y no se probó que el menor se encontrara ante el riesgo de contraer la enfermedad y además quien había prescrito la vacuna no era el médico tratante sino una enfermera de turno.

4.3.5. En la sentencia T-977/0610, la Corte revisó el caso de un padre de unas niñas de 10 y 3 años respectivamente, que instauró acción de tutela contra Susalud E.P.S; por cuanto ésta se negó a suministrarle a las menores las vacunas contra la hepatitis A, la varicela, el neumococo y el meningococo. La entidad exponía como argumento para no suministrar las vacunas que estas estaban excluidas del POS y que las niñas se encontraban saludables. En dicha oportunidad se concedió el amparo, teniendo en cuenta pruebas científicas solicitadas a diversas Universidades y autoridades públicas¹¹ a efectos de que aportaron sus respectivos conceptos científicos, para constatar si las vacunas contra la hepatitis A adulto avertis, meningococo unidosis, neumococo y varicela, y para saber si tales enfermedades eran comunes en nuestro medio y las razones de carácter científico que justificarían su exclusión del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). Sobre la base de las pruebas citadas, la Corte estimó: “(...) en el caso concreto, la EPS no podía negarse a aplicarle a las menores Tatiana Alejandra y Dayana Valentina la vacuna contra la hepatitis A, así su padre hubiese elevado la solicitud verbalmente, por cuanto, se insiste, no existe razón alguna para excluir esta vacuna del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). Por el contrario, en el caso de las vacunas contra el neumococo, la varicela y el meningococo, se deben cumplir los requisitos constitucionales para ordenar su aplicación por vía de la acción de tutela”.

4.3.6. Posteriormente, en sentencia T-492/0712, esta Corporación entró a conocer del caso de un niño de 4 años de edad, a quien se le diagnosticó un tumor del encéfalo supratentorial y diabetes insípida, ordenándosele el suministro del medicamento Hidrocortisona 10 mg. y las vacunas antigripal, antihepatitis A, neuomococica y varicela, las cuales fueron ordenadas por su médico tratante y la entidad se negó a entregar por no encontrarse incluidas en el Plan Obligatorio de Salud -POS- y no haberse acudido ante el Comité Técnico Científico. Para resolver el anterior caso, se tuvo en cuenta la gravedad del diagnóstico del niño y el alto riesgo que tenía de adquirir virus y bacterias, aplicando los criterios jurisprudenciales al caso concreto, determinó: “(...) La falta del suministro del medicamento Hidrocortisona 10 mg. y las

vacunas antigripal, antihepatitis A, neuomococica y varicela, vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor Martínez Cuesta. Tal como lo expuso la accionante, Thomas Alejandro está declarado como paciente crónico, “tiene una medicación con esteroides y no puede ser suspendida porque corre riesgo la vida de Thomas, debido a que no produce unas hormonas que controlan funciones vitales, regula casi todos los líquidos del cuerpo, cualquier fluctuación por ejemplo en el sodio puede producirle o la muerte o una intoxicación (...) Igualmente, debido a las enfermedades que padece el menor, “tiene las defensas muy bajas”, por lo que corre el riesgo de contagiarse de alguno de estos virus y bacterias, más aún cuando debe asistir con frecuencia a controles médicos en hospitales y clínicas”.¹³ (Subrayado fuera del texto original).

4.3.7. En conclusión y de acuerdo a línea jurisprudencial fijada en diferentes casos, se puede afirmar que la Corte ampara el derecho fundamental a la salud de los niños, ordenando el suministro de vacunas excluidas del -POS-, siempre y cuando se ponderen los siguientes requisitos¹⁴: “(i) que exista un riesgo especial y real de contraer la enfermedad; (ii) [que] los padres no cuenten con capacidad de pago; y (iii) la vacuna haya sido prescrita por el médico tratante o la EPS se haya negado a suministrarla por vía de un derecho de petición”.

5. Caso concreto.

5.1. La señora Adriana María Rodríguez Mejía, actuando en representación de su hijo Ángel Felipe Campos Rodríguez de 5 meses de edad, instauró acción de tutela contra E.P.S. COLMÉDICA, por cuanto ésta se negó a suministrarle al menor las vacunas contra la hepatitis A, varicela, neumococo, rotavirus e influenza. La entidad accionada sostuvo que las vacunas no están incluidas en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, considera además, que el menor Campos Rodríguez, no tiene indicación médica para la aplicación de las vacunas hepatitis A, influenza y varicela, ya que tan solo tiene 5 meses de edad y es un niño sano que no requiere este tipo de vacunas.

Respecto de las vacunas de rotavirus y neumococo, en cumplimiento de la medida provisional adoptada dentro de otra acción de tutela que había presentado anteriormente la actora, el Juez 50 Civil Municipal de Bogotá ordenó la aplicación de las vacunas

solicitadas para los dos hijos de la actora. Dado que no existía prescripción médica sobre las mismas, se ordenó efectuar la valoración respectiva por parte de un galeno adscrito a la red del POS de la entidad accionada, donde se determinó las vacunas que requería el menor Ángel Felipe según su edad, situación epidemiológica, comorbilidad y riesgo beneficio. Posteriormente, los jueces de instancia negaron el amparo con fundamento en que no existía orden del médico pediatra tratante. En el proceso en curso igualmente en ambas instancias se niega la acción de tutela por no haber sido las vacunas formuladas por el médico tratante y además, porque la actora ya había presentado otra tutela anteriormente sobre los mismos hechos.

5.2. La Corte Constitucional ha establecido subreglas para el suministro de vacunas excluidas del plan obligatorio de salud POS, formuladas a niños menores de 5 años, tal y como se reseñó en la parte considerativa de esta providencia, a saber:

(i) “Que exista un riesgo especial y real de contraer la enfermedad”.

Analizado el acervo probatorio, se constata que de acuerdo a la valoración médica efectuada por el galeno adscrito a la red del POS de Colmédica, para que determinara las vacunas que requería el menor según su edad, situación epidemiológica, comorbilidad y riesgo beneficio, se determinó que éste requería las vacunas de Rotavirus y Neumococo. Ahora bien, la madre del menor Ángel Felipe en el escrito de impugnación contra el fallo de primera instancia advierte que a su menor hijo, se le aplicó sólo una dosis de las vacunas rotavirus, y una dosis de la vacuna neumococo, faltando las demás dosis que se requieren conforme a las indicaciones del médico experto en vacunación. Así como el plan de vacunación completo. Cotejadas ambas posiciones, se estima que respecto de las vacunas de neumococo y rotavirus, se cumple el primer requisito exigido por la jurisprudencia para ordenar el suministro de las dosis que le faltan al niño Campos Rodríguez. En lo que atañe a las vacunas de hepatitis A15

, influenza¹⁶

y varicela¹⁷, se estima que cuando la actora solicitó la aplicación de las mismas, el menor no tenía la edad requerida para su aplicación; y según la valoración médica

efectuado tampoco se advierte que el mismo presenta patologías específicas que tornaran necesaria su aplicación.

(ii) "Que los padres no cuenten con capacidad de pago".

En cuanto al costo de las vacunas y la capacidad de pago para cubrir el valor de las mismas, la accionante manifestó que es madre cabeza de familia, tiene 2 hijos y no tiene empleo. En esas condiciones este requisito estaría cumplido, además la entidad accionada no objetó esta circunstancia¹⁸.

(iii) "Que la vacuna haya sido prescrita por el médico tratante o la EPS se haya negado a suministrarla por vía de un derecho de petición".

Respecto del requisito de vinculación entre la entidad promotora de salud y el médico tratante, se cuenta con la propia afirmación del representante judicial de la EPS, cuando expresa que las vacunas no han sido formuladas por el médico tratante. Tampoco se anexó a la acción de tutela orden médica en este sentido.

5.3. Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso, no se cumplen plenamente todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del niño Ángel Felipe Campos Rodríguez, hijo de la accionante, para solicitar las vacunas de neumococo, rotavirus, hepatitis A, influenza y varicela, pues la jurisprudencia de la Corte, ha sido enfática en señalar que cuando se solicita el reconocimiento de un medicamento o un procedimiento o tratamiento médico, debe existir previamente la orden del médico tratante. Ello por cuanto los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el galeno tratante del paciente. En efecto, la idoneidad de los tratamientos médicos la determina únicamente el criterio médico-científico, el cual no es reemplazable por criterios jurídicos o por consideraciones presentadas por familiares del enfermo en torno a la conveniencia u oportunidad de determinada clase de tratamiento o suministro de medicamentos. Así entonces, confrontados los hechos en el presente caso con las reglas jurisprudenciales, la Sala encuentra que, aún cuando está probado que la accionante no cuenta con los recursos económicos disponibles para asumir el costo de las vacunas, también lo es que, a diferencia de otros casos examinados por la Corte en otras

oportunidades, no se encuentra demostrado que la falta de aplicación de las vacunas solicitadas implique un riesgo real y cierto para la salud del menor. De igual manera, la aplicación de las mismas no ha sido prescrita por un médico adscrito a la EPS, sino que la peticionaria las solicitó verbalmente y a iniciativa propia y sin reparar siquiera si su menor hijo las necesita realmente o tiene la edad requerida para su aplicación.

5.4. Ahora bien, teniendo en cuenta que las entidades prestadoras del servicio de salud no pueden efectuar actos ni incurrir en omisiones que comprometan la continuidad del servicio y su eficiencia, no es admisible que se niegue la autorización de un medicamento o tratamiento que se encuentre en curso. Partiendo de que al menor Ángel Felipe Campos Rodríguez ya le suministraron las primeras dosis de las vacunas de rotavirus y neumococo, la EPS Colmédica deberá autorizar las dosis que le falten al menor de las respectivas vacunas y las fechas en que deben ser aplicadas las mismas de acuerdo con la evaluación médica que para el efecto deberá realizar un galeno adscrito a dicha entidad. En consecuencia, se ordenará a la EPS Colmédica, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice el suministro de las dosis de las vacunas de rotavirus y neumococo, de acuerdo a las indicaciones que para el efecto indique un médico pediatra adscrito a la red de servicios de la entidad demandada.

5.5. Respecto de las vacunas de hepatitis A, influenza y varicela, la Sala negará el amparo, considerando que el menor no sufre de enfermedades que lo hagan especialmente vulnerable a padecer estas patologías, y que cuando se solicitaron las mismas, el niño no tenía la edad requerida para su aplicación, e igualmente el médico que evaluó al menor - en cumplimiento de la medida provisional decretada en un proceso de tutela anterior - no consideró pertinente su aplicación.

III. 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 Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2008, por el Juzgado

Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá D.C., que denegó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Adriana María Rodríguez Mejía en representación de su hijo Ángel Felipe Campos Rodríguez, contra la EPS COLMÉDICA, por las razones y en los términos de esta sentencia.

SEGUNDO.- CONCEDER la tutela por violación del derecho fundamental a la salud del menor Ángel Felipe Campos Rodríguez y, en consecuencia, ORDENAR a la EPS COLMÉDICA, que si aún no lo ha hecho, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, disponga todo lo necesario para el suministro de las vacunas de neumococo y rotavirus, en las cantidades, oportunidad y dosis pertinentes que le falten al menor, previa evaluación que para el efecto deberá realizar un médico pediatra adscrito a la red de servicios de la entidad demandada.

TERCERO.- NEGAR por las razones expuestas en esta providencia, las vacunas de hepatitis A, influenza y varicela solicitadas por la señora Adriana María Rodríguez Mejía en representación de su hijo Ángel Felipe Campos Rodríguez a la EPS COLMÉDICA.

CUARTO.- LÍBRAR por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHAIJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Nació el 8 de enero de 2008 (folio 2 del expediente).

2 Ver entre otras las Sentencias T-492 y T-584 de 2007.

3 El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, estipula: “Cuando sin ningún motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

4 Ver sentencia T-640 de 1997 y T-1346 de 2000

5 Corte Constitucional, Sentencias T-114 de 1997, T-640 de 1997 y T-784 de 1998.

6 Estas condiciones han sido reiteradas en diversos fallos como T-840, T-766, T-420, T-299, T-073 de 2007, T-045 de 2007, T-044 de 2007, T-038 de 2007, T-028 de 2007, T-026 de 2007, T-936 de 2006, T-384 de 2006, T- 928 de 2003

8 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

9 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 Conceptos rendidos por el Ministerio de Protección Social, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Departamento de Microbiología de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad del Rosario, frente al tema concreto de las vacunas contra la hepatitis A, adulto aventis, meningococo unidosis, neumococo y varicela.

12 MP. Clara Inés Vargas Hernandez.

Es de advertir que en sentencia T-107/07 MP. Álvaro Tafur Galvis, se presentó un caso de un niño que requería con urgencia las vacunas D.P.T. HEXAVALENTE ACELULAR y terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisiatría. La Corte debido a la configuración de un hecho superado por el fallecimiento del niño debido a la falta de diligencia de las

instituciones e instancias implicadas en el manejo del caso, declaró la carencia de objeto. Respecto de la jurisprudencia en materia de vacunas la sentencia no abordó el tema.

13 En esta sentencia la Sala citó la sentencia T-903/05 que a su vez, como ya se expresó, citó los fundamentos de la T-270/03 y T-1211/04, casos en los que se ordenaron el suministro de vacunas, dadas las necesidades del caso concreto.

14 Confróntese, la Sentencia T-977/06.

15 Vacuna Hepatitis A: Debe aplicarse desde los 6 meses de edad o desde el año de edad, según la vacuna que sea utilizada.

16 La de influenza: No debe aplicarse a menores de 6 meses, luego no habría en este momento indicación de uso en el niño.

17 Varicela: Aplicación de primera dosis entre 12-18 meses de edad en adelante.

18 Ver sentencia T-744 de 2004.