

Sentencia T-452/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y PROTECCION POR MEDIO DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

LINEA JURISPRUDENCIAL ADOPTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA ORDENAR EL SUMINISTRO DE VACUNAS-Caso del neumococo

REGLAMENTACION DE LA COBERTURA Y CRITERIOS DE PRIORIZACION PARA EL SUMINISTRO DE LA VACUNA CONTRA EL NEUMOCOCO

Referencia: expediente T-2.955.496

Acción de tutela presentada por Harold Walter Palacios García en representación de su menor hijo Malcom Xavier Palacios Ararat contra Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas Silva, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Buenaventura el dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve 2010 y en segunda instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura el doce (12) dos mil diez (2010)

I. ANTECEDENTES

1.- Hechos y Pretensiones

El señor Harold Walter Palacios García, actuando en representación de su hijo Malcom Xavier Palacios Ararat, instauró acción de tutela contra de Coomeva E.P.S. por considerar que fueron vulnerados los derechos fundamentales del menor a la salud, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad, de conformidad con los siguientes hechos:

- . Afirma que presentó derecho de petición ante la entidad accionada el 15 de julio de 2010 a fin de obtener tal vacuna, pero Coomeva E.P.S. al momento de instaurar la acción de tutela no dio respuesta alguna.
- . Solicita que a través de este medio se ordene a la Entidad Promotora de Salud suministre al menor Malcom Xavier la vacuna del neumococo.

2.- Intervención de la entidad demandada

2.1.- Coomeva E.P.S.

El Gerente de la oficina Sector Salud Buenaventura de Coomeva E.P.S. el 25 de noviembre de 2010 de manera extemporánea al término concedido en primera instancia, adjuntó copia de la respuesta al derecho de petición presentada por el señor Héctor Walter Palacios García donde se puede resaltar:

“(…) La vacuna denominada NEUMOCOCO, incluida en el Plan Ampliado de Inmunizaciones PAI, según lo dispuesto en la Ley 1373 de 2010, artículo 2, parágrafo 1 .. “se incluirá dentro del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), las vacunas del Rotavirus y Neumococo en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal, sin embargo en el parágrafo 2 de este mismo artículo expresa lo siguiente... “la cobertura universal para el neumococo se hará de manera gradual según reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional atendiendo entre otros criterios de prevalencia y costo efectividad sanitaria, criterios definidos previamente en el acuerdo 406 de 2009 del Ministerio de la Protección Social. En este sentido de no cumplir los requisitos definidos por la reglamentación vigente, la vacuna neumococo no hace parte de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud -POS. La afirmación de que la vacuna no está cubierta por el Plan Obligatorio de Salud no constituye una

negación que deje sin alternativas al usuario, puesto que lo que se pretende es marcar un precedente que nos permita iniciar el proceso mediante el cual se presenta el caso ante el Comité Técnico Científico tal como lo señala la Resolución 3099 de 2008. Una vez recibido el oficio del asunto, se indagó (sic) en el área respectiva, quienes nos informaron que: "...Se revisaron registros de historia clínica evidenciando que el menor MALCOM XAVIER NO cumple con los criterios definidos en el artículo 2 del acuerdo 406 de 2009...esquema de vacunación completo y adecuado para la edad cronológica actual, pero al nacer de 3.100 gramos, sin registros en historia clínica de infección por VIH, ni inmunocompromiso o enfermedades crónicas... si bien la vacuna de neumococo fue incluida en el PAI debe estar clasificada según lo descrito en el acuerdo en mención...(..." 1

3. Decisión judicial objeto de revisión

3.1.- Primera Instancia

Mediante sentencia de 16 de noviembre de 2010, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Buenaventura tuteló el derecho fundamental de petición vulnerado por COOMEVA EPS expresando que:

"(...) Al examinar el caso de autos, encuentra el despacho que el señor HAROLD WALTER PALACIOS GARCÍA presentó el 15 de julio de 2010, ante COOMEVA E.P.S., un derecho de petición, por medio del cual solicitó el suministro de la vacuna neumococo para su menor hijo MALCOM XAVIER PALACIOS. La anterior petición había sido inicialmente presentada por la progenitora del menor señora CAROL GISETH ARARAT GARCIA, el día 27 de abril de 2010, ante COOMEVA oficina de Cali, lugar donde le informaron que debía remitirse a la oficina de Buenaventura, ciudad donde se encontraba la historia clínica del niño. Se afirmó en la demanda y jamás lo desestimó el ente demandado, que tal petición no fue resuelta. Junto con la demanda se aportó copia de la solicitud enviada a COOMEVA. El anterior panorama permite concluir a este juzgado que, se está ante un evidente desconocimiento del derecho de petición del actor, al no dar respuesta a sus interrogantes, pues la entidad accionada nada ha hecho para resolvérselos en la forma como lo ordena la ley, esto es mediante escrito debidamente notificado al peticionario, como se le ordenará en la parte resolutive de esta providencia (...) ".2

3.2.- Segunda Instancia

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura, en fallo de doce de enero de 2011, resolvió confirmar en su totalidad la providencia de primera instancia y sostuvo:

“(…) La entidad accionada manifestó que el menor se encuentra afiliado desde el día 01 de marzo de 2009, en calidad de beneficiario y que revisada su historia clínica no cumple con los criterios definidos en el acuerdo 406 de 2009, en su artículo 2º y que por esta razón se debió agotar el trámite ante el comité técnico científico. El Juez de conocimiento de esta tutela, manifestó en su providencia que los argumentos expuestos por el accionante no cuentan con un soporte médico y que el infante no cumple con los requisitos que ha decantado la Corte Constitucional para la aplicación preferente de la vacuna contra el neumococo. Confrontados los hechos que motivaron la tutela, con la jurisprudencia de la Corte relativa con el necesario cumplimiento de todos los requisitos para proceder a inaplicar la normalidad correspondiente a las limitaciones y exclusiones del POS, es claro advertir que en efecto dos de los cuatro requisitos no se cumplen. (...) Bien puede el Accionante, al no contar con los recursos para asumir el costo de la mencionada vacuna, podía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, acudir a las instituciones públicas, y aquellas privadas que tuvieren contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderle de conformidad con lo dispuesto en las normas que sobre la materia se ha dictado. Por esta razón, se le recomienda dirigirse a la Secretaría Distrital de Salud de la ciudad de Buenaventura y a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca para conocer el procedimiento que ha establecido el gobierno para dicho fin. (...)”

4. Pruebas que reposan en el expediente

-. Derecho de petición suscrito el 15 de julio de 2010 por el señor Harold Walter Palacios García radicado ante COOMEVA EPS. (fls. 1 a 3 cuaderno principal)

-. Copia del registro civil de nacimiento del menor Malcom Xavier Palacios Ararat con NUIP 1149935567. (fls.25 y 26 cuaderno principal)

-. Respuesta a derecho de petición suscrita por el señor Félix Riascos Brome Gerente de la Oficina de Coomeva Sector Salud de Buenaventura. (fls. 28 a 30 del cuaderno principal)

5. Pruebas allegadas en sede de Revisión

-. Copia de oficio suscrito el 19 de mayo de 2011 por el señor Harold Walter Palacios García donde remite esquema de vacunación del menor Malcom Xavier Palacios Ararat y donde se resalta:

“(…) expongo ante ustedes el esquema de vacunación del menor, con el fin de que sea verificado por ustedes y puedan constatar que cuando tenía cuatro meses de nacido le fue suministrada solo la primera dosis de la vacuna del neumococo. Debido a nuestra incapacidad económica como padres, no pudimos pagar para que le suministraran la dosis faltante, razón por la cual se rompió el esquema de aplicación de las vacunas de neumococo y demás subsiguientes, por lo tanto, a esta fecha, es sumamente necesario que se le vuelva a realizar el esquema de vacunación, pero esta vez de forma completa, en aras de proteger los Derechos Fundamentales a la vida y salud del menor, y demás conexos o relacionados con estos, ya que el infante reside actualmente en una ciudad húmeda como lo es Distrito Especial de Buenaventura- Valle del Cauca. (…)”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos antes relatados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si Coomeva E.P.S., ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud del menor Malcom Xavier Palacios Ararat al negarle el suministro de la vacuna de neumococo de una forma gratuita ya que por según la Ley 1373 de 2010 la misma se encuentra en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal dentro del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), y teniendo además en cuenta que la cobertura universal para tal vacuna se efectuará de manera gradual, el Gobierno Nacional aún no ha expedido la reglamentación para tal efecto.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia a (i) el derecho fundamental a la salud de los niños y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia; (ii) Línea jurisprudencial adoptada por esta Corporación para ordenar el suministro de vacunas, entre las que se encuentran la del neumococo; (iii) Reglamentación de la cobertura y criterios de priorización para el suministro de la vacuna contra el neumococo, y (iv) el caso concreto.

1.- El derecho fundamental a la salud de los niños y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 44 de la Constitución Política determina varios derechos, entre ellos el de la salud de los niños, cuya protección en el caso de los niños son de carácter 'fundamental'³, y debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los eventos en que sea vulnerado en razón a que el Constituyente quiso rodear a la niñez, dada su natural indefensión y la esperanza que simboliza para la sociedad, de una especial protección.

El alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁴ los cuales hace parte el Estado Colombiano.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

El más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado, lo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14 (2000) acerca 'el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud'. De manera clara y categórica, la Observación General N° 14 (2000) establece que 'la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos'. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está 'estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos', refiriéndose de forma específica al 'derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no

discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación'. Para el Comité, 'esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud'.⁵

El artículo 12, PIDESC, contempla ámbitos de protección específicos del derecho a la salud, los cuales son precisados por el Comité en su Observación General N° 14 (2000). Así, se pronuncia sobre lo que implica (1) garantizar 'la salud infantil, materna y reproductiva',⁶ (2) el deber de mejorar 'la higiene ambiental e industrial';⁷ (3) la 'lucha contra las enfermedades', en especial las epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole; y (4) el derecho a que se 'creen las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad'.

Para el Comité este derecho contempla (i) "el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; (ii) programas de reconocimientos periódicos; (iii) tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; (iv) el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental." También advierte el Comité que se debe mejorar y fomentar la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional." (Observación General N°14).

Uno de los sectores más débiles de la población está conformado por los niños, quienes a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C.P.).

Incluyendo esta disposición que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", por lo que son en general sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad. Igualmente, otros preceptos de la Constitución complementan la protección a la niñez. Dentro de estas normas se encuentra el artículo 50 que fija una especial protección para los niños menores de un año y el artículo 67 sobre el derecho a la educación de

menores entre 5 y 15 años de edad.

Este postulado responde, además, a la obligación que se impone al Estado y a la sociedad de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, CP). En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud, por lo tanto no se requiere pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.⁸ La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud.

2.- Línea jurisprudencial adoptada por esta Corporación para ordenar el suministro de vacunas, entre las que se encuentran la del neumococo

Según la línea jurisprudencial adoptada por esta Corporación respecto a ordenar el suministro de vacunas se puede resaltar que en varias sentencias proferidas por esta Corporación se ha tratado la pretensión de que por este medio subsidiario se ordene el suministro de vacunas a efectos de garantizar el derecho a la salud de los menores de edad.

En sentencia T-270 de 2003, 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".⁹

En sentencia T-647 de 2003, se dejó en claro cuales son las características que debe tener la posible amenaza para que sea viable la protección por vía de la acción de tutela:

“Sin embargo, tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado.

“De ésta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado.¹⁰ La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro.”

De igual manera, la Corte en sentencia T-1211 de 2004, 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”. (...) “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...”.¹¹

Por su parte, la Corte en la sentencia T-903 de 2005, 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.¹²

Mediante sentencia T-502 de 2006 la Sala Séptima negó el suministro de la vacuna contra el neumococo, solicitada a favor de una menor de 3 años, con fundamento en que la niña representada en el proceso de tutela estaba en buenas condiciones de salud, con lo cual su vida y salud no se encontraban en riesgo. Adicionalmente, la Corte desestimó la pretensión en atención a que la vacuna no había sido prescrita por un médico tratante pues su provisión había sido sugerida por la enfermera de turno de la institución hospitalaria encargada de prestar los servicios de salud.¹³

En sentencia T-977 de 2006 la misma Sala revisó un proceso de tutela en el cual la acción había sido interpuesta con el objetivo de obtener el suministro de “las vacunas de la hepatitis A adulto Aventis, Meningococo unidosis, Neumococo y varicela” las cuales, según el escrito de demanda, habían sido prescritas por el médico tratante a dos menores de 3 y 10 años de edad. La solicitud fue negada por la EPS demandada debido a que tales vacunas no se encontraban registradas en el catálogo de procedimientos e insumos médicos descrito en el POS. En la anotada providencia la Corte realizó un recuento jurisprudencial de los pronunciamientos de esta Corporación sobre la materia y dedujo la siguiente subregla constitucional: “En este orden de ideas, la Corte ha amparado el derecho a la salud de los niños en el sentido de ordenar el suministro de una determinada vacuna excluida del POS, cuando quiera que (i) exista un riesgo especial y real de contraer la enfermedad; (ii) 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”. En esta ocasión, luego de dar aplicación a los referentes señalados, la Sala decidió conceder amparo parcial a los derechos fundamentales de las menores pues durante el proceso sólo se logró acreditar la necesidad de suministrar la vacuna contra la hepatitis A, con lo cual negó la provisión de las vacunas restantes.¹⁴

Posteriormente, en sentencia T-492 de 2007, 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”.¹⁵

Además tal providencia dispuso que: “(...)En tal sentido, al juez constitucional no le corresponde prima facie ordenar la asignación y suministro de prestaciones económicas; sin embargo, como acaba de ser indicado en precedencia, dicha labor representa un problema de índole constitucional, con lo cual es menester determinar en qué eventos la abstención por parte del Estado ha de ser enmendada dentro de la jurisdicción constitucional con el objetivo de asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales de los asociados (artículo 5° superior) y, en términos generales, la máxima de supremacía constitucional (artículo 4°).(...)”

En sentencia T-300 de 2009 se protegió el derecho fundamental a la salud de un menor de 5 meses de edad indicando que: “(...) 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 requisitos¹⁶: “(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”.

En este orden de ideas, y con el objeto de garantizar las obligaciones derivadas del derecho a la salud (i) respetar (ii) proteger y (iii) garantizar el acceso al servicio de manera oportuna y eficaz se analizará si en este caso se aplica la línea jurisprudencial aquí descrita a efectos de resolver la situación fáctica del menor Malcom Xavier.

3.- Reglamentación de la cobertura y criterios de priorización para el suministro de la vacuna contra el neumococo

Según el Acuerdo No. 406 de 2009 emitido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Protección Social, tuvo por objeto asignar recursos de la subcuenta de promoción del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA para la adquisición de la vacuna contra el neumococo como complemento al programa ampliado de salud de inmunizaciones PAI y se definieron criterios de priorización para su ejecución dentro de los cuales se encuentran:

“(…)

1. Todos los niños menores de tres meses a quienes se les iniciará y completará el esquema de vacunación según PAI en los departamentos de Caquetá, Amazonas, Cauca, Vichada, Guainía, Archipiélago de San Andrés y Providencia, Chocó, Putumayo, Guaviare y Vaupés, y la población indígena en la zona de la Sierra Nevada de Santa Marta.
2. Todos los menores que nazcan con un peso igual o menor a 2.500 gramos en el territorio nacional.
3. Todos los menores de tres (3) años en el territorio nacional con patologías que incrementen el riesgo de enfermar y morir por neumococo, entre otras, las siguientes:
 - a) Enfermedad de células falciformes, otras falciformias y asplenia;
 - b) Infección por VIH;
 - c) Inmunocompromiso por:
 - i. Inmunodeficiencias congénitas o primarias
 - ii. Insuficiencia Renal Crónica o síndrome nefrótico

iii) Inmunocompromiso por cáncer o por quimio o radioterapia inmunosupresora

iv. Menores a ser trasplantados o trasplantados

v. Menores a ser sometidos a cirugías del Sistema Nervioso Central;

d) Enfermedades crónicas:

i) Cardiopatía congénita,

ii) Enfermedad pulmonar crónica (de más de un mes de evolución),

iii) Fístula de líquido cefalorraquídeo,

iv) Diabetes,

v) Enfermedad hepática crónica.

PARÁGRAFO. Serán beneficiarios del programa todos los menores definidos en los criterios señalados en este artículo sin ninguna excepción: tanto los afiliados al Régimen Contributivo como al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud y a los regímenes especiales, así como a esta población infantil pobre no asegurada. (...)”

“(...)”

ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional deberá garantizar la vacunación gratuita y obligatoria a toda la población infantil de cero a cinco años.

PARÁGRAFO. Para su efectivo cumplimiento el Gobierno deberá tomar las medidas presupuestales necesarias.

ARTÍCULO 2o. El Ministerio de la Protección Social, o la entidad a que corresponda, a partir de la vigencia de la presente ley, actualizará el Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI).

PARÁGRAFO 1o. Se incluirá dentro del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), las vacunas del Rotavirus y Neumococo en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal.

PARÁGRAFO 2o. La cobertura universal para el Neumococo se hará de manera gradual según reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional atendiendo entre otros criterios de prevalencia y costo efectividad sanitaria y la concordancia con el marco de gastos de mediano plazo.(...)”

Al respecto, y teniendo en cuenta que en lo referente a la vacuna del neumococo tales disposiciones sostienen que esta (i) se incluye dentro del Programa Ampliado de Inmunización (PAI) y (ii) la cobertura universal debe ser reglamentada de manera gradual por el Gobierno Nacional atendiendo los criterios de prevalencia¹⁷ y costo de efectividad sanitaria.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, procede la Sala de Revisión a verificar las circunstancias particulares del menor a efectos de determinar si resulta o no tutelar los derechos fundamentales alegados.

3.- Estudio del caso en concreto

En el presente caso, al verificar los hechos referentes al menor Malcom Xavier Palacios Ararat la Sala puede constatar lo siguiente:

Que el menor Malcom Xavier tiene 2 años de edad, vive en el Municipio de Buenaventura-Valle del Cauca y su padre solicita que a través de este medio subsidiario se ordene a Coomeva EPS el suministro de la vacuna neumococo, ya que aunque se encuentra dentro del Plan Ampliado de Inmunización (PAI) por Ley 1373 de 2010, esta excluida del Plan Obligatorio de Salud y aduce no tener recursos económicos para costear dicha vacuna.

En primer término, es preciso determinar si en éste caso la acción de tutela cumple con los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional a efectos de que por éste medio subsidiario se pueda conceder la protección invocada. Al respecto es importante resaltar que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual, el cual sólo procede supletivamente, cuando se están desconociendo derechos fundamentales y cuando no existe otro medio de defensa judicial en el que pueda acudir para su defensa, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la existencia de un perjuicio irremediable.

Bajo estos parámetros se puede constatar que existe una Ley la cual dispone que se incluye

dentro del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), las vacunas del Rotavirus y Neumococo en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal. Y que la cobertura universal para el Neumococo se hará de manera gradual según reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, atendiendo entre otros criterios de prevalencia y costo efectividad sanitaria y la concordancia con el marco de gastos de mediano plazo.

Encuentra la Sala que la abstención del Estado para garantizar la cobertura universal de la vacuna del neumococo se justifica en que ésta se suministrará de forma gratuita pero de manera progresiva, observando unos criterios de prevalencia que se encuentran consagrados en el Acuerdo 406 de 2009 y que el Gobierno Nacional debe reglamentar. Es evidente que a la fecha tal cobertura no ha sido cubierta aún en el Municipio de Buenaventura, lugar de domicilio del menor Malcom Xavier. Sin embargo, advierte la Sala que esta situación no obliga la intervención del juez de tutela, por cuanto dicha abstención depende de la reglamentación de la Ley 1373 de 2010.

La Sala de Revisión advierte que, aunque está vigente la mencionada normatividad se puede constatar que respecto de los hechos referentes al menor Malcom Xavier, según declaración de su padre no posee los recursos económicos para costear dicha vacuna, ya que en el municipio de Buenaventura aún tiene un costo que no ha sido cubierto de manera universal.

La Sala observa que, en éste caso los hechos aquí verificados no se adecuan a todos los presupuestos fijados por la jurisprudencia, a efectos de proteger los derechos fundamentales del menor, ya que para que proceda la protección de los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital es necesario que se cumplan con los siguientes presupuestos: (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. Al respecto, en éste caso, debe existir un riesgo especial y real de contraer la enfermedad situación que no fue demostrada en el trámite de tutela.

Así, del material probatorio que obra en el expediente no es posible deducir una situación real de trasgresión de los derechos fundamentales del menor, para los cuales el accionante solicita su protección, por cuanto no se evidencia una razón objetiva y clara que compruebe

una amenaza cierta y contundente, en contra de los derechos de su menor hijo.

En consecuencia la Sala confirmará las decisiones de los jueces de instancia proferidas por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Buenaventura el dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve 2010 y en segunda instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura el doce (12) dos mil diez (2010) por las razones antes precisadas y ordenara a Coomeva EPS el suministro de la vacuna del neumococo al menor Malcom Xavier Palacios Ararat.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Buenaventura el dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve 2010 y en segunda instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura el doce (12) dos mil diez (2010) en la acción de tutela impetrada por Harold Walter Palacios García en representación de su menor hijo Malcom Xavier Palacios Ararat contra Coomeva E.P.S.,

Segundo.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Ausente en comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver páginas 28 a 30 del cuaderno principal.

2 Ver páginas 15 a 19 cuaderno principal.

3 Ver las sentencias T-137 de 2006, T-614 de 2007, T-127 de 2007, T-840 de 2007, T-862 de 2007, T-576 de 2008, T-282 de 2008, T-1081 de 2008.

4 Observación no. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.

5 Ver sentencia T-760 de 2008. En dicha sentencia se hace referencia a la Observación General N° 14 (2000) 'El derecho del más alto nivel posible de salud'.

6 Ibídem. El Comité señala que deben incluirse "(i) los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, (ii) la atención anterior y posterior al parto, (iii) los servicios obstétricos de urgencia y (iv) el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información." (Observación General N°14).

7 Para el Comité, esto implica, por ejemplo, "(i) la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; (ii) la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; (iii) la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos." (Observación General N°14).

8 Sentencia T-860 de 2003, T-223 de 2004, T-538 de 2004.

9 Ver sentencia T-300 de 2009.

10 Ver sentencia T-677 de 1997.

11 Ibídem.

12 Ibídem.

13 Ver sentencia T-659 de 2008.

14 Ibídem.

15 Ibídem.

16 La sentencia T-300 de 2009 cita la sentencia T-977 de 2006.

17 Criterios que se encuentran en el Acuerdo 406 de 2009.