

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de vacunas por EPS

ACCION DE TUTELA-Improcedencia frente a hechos futuros e inciertos por no existir violación de derechos fundamentales ciertos y reales

En el entendido de que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resultara viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia sobre hechos futuros e inciertos/ACCION DE TUTELA-Amenaza cierta y contundente

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Caso en que no se cumplen requisitos para inaplicar exclusiones y limitaciones

Las condiciones fácticas demuestran que el menor no tiene comprometido su derecho fundamental a la salud y por lo mismo la protección constitucional que reclama en esta

oportunidad no resulta viable. Además, del contexto de los hechos expuestos por su madre, se puede advertir que su hijo ha venido siendo objeto de los cuidados y controles médicos requeridos en razón a su edad, los mismos que le han sido prestados sin inconveniente alguno por la E.P.S. FAMISANAR, lo que garantiza en consecuencia la especial protección de sus derechos fundamentales en los términos del artículo 44 de la Constitución. Es necesario además que quien prescriba un procedimiento médico o recete algún medicamento a un paciente, sea un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente, pero además se requiere que dicha persona, sea un profesional de la medicina, con los conocimientos científicos específicos que le permitan dar tales dictámenes con la certeza y seguridad que su preparación profesional y su experiencia le permitan asegurar un dictamen médico seguro y adecuado según el paciente. De esta manera, verificado que en efecto no se cumple por parte de la accionante con todos los requisitos jurisprudencialmente dispuestos por la Corte para inaplicar la normatividad sobre limitaciones y exclusiones en la prestación de servicios, la protección reclamada por esta vía excepcional no es viable.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Acción de tutela promovida por Claudia Salcedo García en representación de su menor hijo Sebastián Amaya Salcedo contra FAMISANAR E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto 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, profiere la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, en la acción de tutela instaurada por Claudia Salcedo García en representación de su menor hijo Sebastián Amaya Salcedo contra FAMISANAR E.P.S.

### I. ANTECEDENTES.

Los hechos que motivaron la interposición de esta tutela, y que fueron ampliados posteriormente por la accionante en una diligencia de declaración, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. La accionante como madre del menor Sebastián Amaya Salcedo, de tan solo tres meses de edad (al momento de la interposición de la tutela), se encuentra afiliada junto con su hijo y

esposo a la E.P.S. de FAMISANAR.

2. El pasado 13 de diciembre de 2005, fue remitida para que le fueran aplicadas las dosis de vacuna contra el NEUMOCOCO, remisión que señala la accionante fuera hecha por la enfermera de turno. Así, una vez hecho el correspondiente pago de la UPC (Unidad de Pago por Capitación), anexo el recibido de dicho pago a una solicitud dirigida a la mencionada E.P.S. para que le fuera autorizada dicha vacuna.

3. Sin embargo, en respuesta a tal petición, la E.P.S. FAMISANAR señaló que no autorizaba la mencionada vacuna por encontrarse excluida del POS.

4. Frente a esta situación, advierte la accionante que no cuenta con ingresos económicos estables y suficientes para asumir el costo total de dicha vacuna, pues sus ingresos mensuales ascienden a la suma de \$ 200.000 pesos aproximadamente, y su esposo tampoco cuenta con recursos económicos en tanto se encuentra desempleado, además de que no recibe ayuda económica de ninguna índole.

5. Señala igualmente que según el dictamen médico dicha vacuna es de vital importancia para el normal y sano desarrollo de su hijo, máxime cuando es considerado aún como un neonato, y que “el Estado colombiano en observancia del principio de Solidaridad que rige la seguridad social integral a la cual tenemos derechos los colombianos, contempla que las EPS, en este caso particular, la EPS FAMISANAR autorice LA APLICACIÓN DE LAS VACUNAS y además, suministre LOS MEDICAMENTOS, cubra el COSTO TOTAL de eventuales hospitalizaciones, intervenciones quirúrgicas, tratamientos, procedimientos y entregue los medicamentos en su totalidad y de manera interrumpida (sic), y además cubra la totalidad de los mismos y repita su costo en contra del FOSYGA.”

6. De esta manera, la accionante considera que la EPS FAMISANAR vulnera los derechos fundamentales de su hijo a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la integridad física, pues dada su corta edad, la negativa de dicha E.P.S. en suministrar la mencionada vacuna, puede poner eventualmente en peligro su vida, y atentar en contra del goce de unas condiciones mínimas de vida vista su condición humana, pues advierte que en elinquilinato en que viven, hay muchos niños en condiciones de desaseo, y visto que el neumococo se transmite por el aire, su hijo se encuentra expuesto a dicha enfermedad.

Por todo lo anterior, la accionante hace dos peticiones:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

\* Como MEDIDA PREVENTIVA, que se ordene a la E.P.S. FAMISANAR para que en las 24 horas siguientes a la recepción de esta tutela, autorice y cubra la totalidad del costo de la vacuna NEUMOCOCO.

\* Como pretensiones de fondo, solicita que la misma EPS autorice y asuma el costo total de las cuatro dosis de la vacuna de neumococo que le debe ser suministrada a su hijo en intervalos de dos meses.

Y que a futuro, cubra la totalidad de los costos de los tratamientos, procedimientos, intervenciones quirúrgicas y medicamentos necesarios por tiempo indefinido, que permitan que su hijo tenga un crecimiento y desarrollo normal, para la cual FAMISANAR podrá repetir dichos costos contra el FOSYGA.

## II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

En sentencia del 16 de enero de 2006, el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, resolvió no tutelar los derechos señalados por la accionante como

violados.

Consideró dicho juzgado que del acerbo probatorio se puede determinar que la EPS FAMISANAR no ha violado los derechos fundamentales del menor Sebastián Amaya Salcedo pues esa entidad ha venido prestando la atención médica que dicho menor ha requerido hasta el momento, y que se encuentra contemplada en el POS. En cuanto a la petición que hiciera la madre del menor a efectos de que la EPS accionada autorizara y asumiera el costo de la vacuna de NEUMOCOCO, dicha entidad no está obligada a ello, por cuanto la mencionada vacuna se encuentra expresamente excluida del POS. Si el usuario desea dicha vacuna, deberá asumir por su cuenta el costo de la misma, o en su defecto, deberá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

Ahora bien, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional se deben cumplir algunos requisitos a efectos de inaplicar la normatividad que contempla exclusiones y limitaciones al P.O.S., requisitos que deben ser cumplidos en su totalidad.

Frente al primer requisito, advierte que en la actualidad el menor goza de buena salud y no requiere ningún tratamiento integral para recuperar su salud. Que al igual que todos los niños, se encuentra expuestos a contraer enfermedades. Además, no ha sido un profesional de la medicina quien con base en su conocimiento científico, técnico y específico del caso concreto determinó el presente riesgo inminente en la salud del menor, razón por la cual éste requisito no se cumple.

Respecto del segundo requisito, es claro que el único medicamento que puede prevenir un posible padecimiento de la enfermedad del NEUMOCOCO, es la mencionada vacuna, la cual tiene un carácter preventivo y no curativo. Además, no se aportó prueba alguna que acredite la urgente necesidad de aplicar la vacuna al menor.

Respecto al tercer requisito, es evidente que el núcleo familiar del menor no cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir el costo de dicha vacuna. En efecto, la madre de la menor cuenta con un ingreso de aproximado de \$ 200.000 pesos mensuales, mientras que el padre solo logra tener trabajos esporádicos. Frente a este tipo de situaciones, la ley prevé un mecanismo por el cual las personas de escasos recursos económicos pueden acceder a los medicamentos requeridos para salvaguardar su salud, tales como acudir ante las instituciones públicas a fin de obtener la protección requerida.

Ahora bien, si la accionante no puede costear la totalidad de la vacuna que requiere su hijo, se le insta para que acuda a las instituciones a que hace referencia el artículo 61 del Decreto 806 de 1998, para que le proporcionen en la medida de sus capacidades el medicamento requerido.

Finalmente, en relación con el cumplimiento del cuarto y último requisito, se observa que la vacuna no fue prescrita por un profesional de la medicina que ostente la calidad de médico tratante, pues en la declaración rendida por la accionante, esta manifestó que la orden de aplicar la vacuna fue emitida por la enfermera de turno, más no por un médico pediatra que tenga el conocimiento científico para prescribir medicamentos de acuerdo a las necesidades del paciente.

Por todo lo anterior, y en el entendido de que no se cumple con la totalidad de los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para inaplicar la normatividad relativa a medicamentos y procedimientos excluidos del POS, la presente tutela se negó.

### III. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

En escrito de fecha 11 de enero de 2006, la Apoderada General de FAMISANAR E.P.S., en respuesta a la presente tutela, señaló lo siguiente:

- El menor Sebastián Amaya Salcedo se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del Plan Obligatorio de Salud con dicha EPS, en calidad de beneficiario, desde el 27 de diciembre de 2005, y a la fecha su afiliación se encuentra activa, a la espera de que se efectúe el pago del mes de enero, el cual no se había recibido a la fecha de presentación de ésta respuesta, en tanto corresponde a una cotización de un trabajador independiente.

- Que de conformidad con la Resolución No. 5261 de 1994, la vacuna para Neumococo se encuentra expresamente excluida del Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual FAMISANAR no se encuentra legalmente obligada a suministrarla.

- FAMISANAR E.P.S., no ha vulnerado los derechos del menor Sebastián Amaya Salcedo por cuanto se le han prestado los servicios de salud que ha requerido, dentro de los parámetros legales.

- “Cabe anotar que las vacunas no fueron prescritas para salvar la vida del menor, tan solo buscan evitar una posible infección, la cual con cuidados especiales y evitando que el menor se encuentre en un medio ambiente insalubre o con un perfil epidemiológico alto, se puede prevenir. NO ESTA EN RIESGO DE FORMA ALGUNA LA VIDA DEL MENOR, PUES DICHA VACUNA ES, COMO YA SE DIJO, MERAMENTE PREVENTIVA, Y SI EL MENOR ES DEBIDAMENTE CUIDADO NO VA A TENER RIESGO DE CONTRAER EL NEUMOCOCO.”

- Tampoco está probado en el expediente que los padres del menor Sebastián carezcan de los recursos económicos suficientes para asumir el costo de la vacuna solicitada, como tampoco está probado que la accionante haya acudido a las instituciones públicas o privadas con que el Estado tenga contrato, con el fin de obtener la atención requerida, ante la carencia de recursos económicos para asumir el costo de la mencionada vacuna, opción que se plantea en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

- En cuanto a la reclamación por una atención o “TRATAMIENTO INTEGRAL”, tal solicitud carece de asidero jurídico, pues la misma pretende cobijar situaciones de hecho futuras e inciertas que no han acontecido, y que no son objeto de esta tutela, en tanto esta es procedente frente a situaciones actuales e inminentes, máxime cuando el menor ni siquiera se encuentra enfermo.

Finalmente, señala que no resultaría viable que dicha EPS asumiera el pago integral de prestaciones a las cuales no esta obligada, pues de hacerlo afectaría recursos del sistema, desequilibrándolo económicamente, lo que redundaría en perjuicio de la demás población.

Posteriormente, se hicieron consideraciones en relación con las exclusiones y limitaciones legalmente establecidas en el P.O.S., quedando excluida del mismo la vacuna contra el Neumococo. Además, dentro del Programa Ampliado de Inmunización (PAI) establecido por el Ministerio de Protección Social se incluyeron aquellas vacunas que permiten garantizar el control de enfermedades inmunoprevisibles, que por las condiciones del territorio nacional tengan más impacto, entre las que no se encuentra incluida la vacuna contra el Neumococo.

Por lo anterior, corresponde al Estado a través del ente territorial respectivo y no a

FAMISANAR E.P.S., asumir el costo de la vacuna aquí reclamada,

Finalmente, señala la accionada que si el juez de conocimiento se llegare a apartar de los lineamientos de la Corte Constitucional, se sirva ordenar al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), o al Ministerio de Protección Social para que procedan a reconocer con cargo a sus recursos, los gastos en que hubiere incurrido dicha E.P.S., en cumplimiento de lo ordenado en esta tutela, en tanto no esta legalmente obligada a asumir.

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

##### 1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida 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.

##### 2. Problema jurídico.

Advierte la Sala de Revisión, que en el presente caso, la accionante, actuando en representación de su menor hijo, reclama de la E.P.S. FAMISANAR a la cual se encuentra afiliada, que autorice y asuma el costo de la vacuna contra el Neumococo que le fuera recomendada a su hijo de pocos meses de nacido, pues la no autorización y aplicación de tal

vacuna vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de su hijo, poniendo en peligro su normal desarrollo.

Frente a esta situación deberá la Sala determinar si en el presente caso, el menor accionante, quien se encuentra en buen estado de salud, puede reclamar de su E.P.S. la aplicación de una vacuna expresamente excluida del P.O.S. y que el costo de la misma sea asumido por la E.P.S. accionada. Así mismo, deberá verificarse si la reclamación sobre las futuras prestaciones médicas que llegue a requerir el menor, pueden ser objeto de protección en esta acción de tutela.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, habrá de citarse la jurisprudencia de la Corte en relación con la inaplicación de la normatividad relativa a las exclusiones y limitaciones del P.O.S., e igualmente se deberá señalar la jurisprudencia relativa a la improcedencia de la acción de tutela respecto de situaciones futuras e inciertas.

3. El derecho a la salud y la vida en condiciones dignas. Exclusiones y limitaciones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Los derechos a la salud y a la seguridad social contenidos en la Constitución Política, tienen la categoría de derechos prestacionales o de segunda generación, cuyo desarrollo programático no permite, por regla general, que las personas reclamen del Estado una pretensión subjetiva. No obstante, tal y como lo ha señalado la sentencia SU-819 de 1999, proferida por esta Corporación, “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.

Por ello, para que derechos de esta estirpe puedan ser protegidos por vía de la acción de tutela, deberán estar en conexidad con un derecho fundamental<sup>1</sup>. Para tales efectos deberá haber una inescindibilidad entre este derecho prestacional y el derecho fundamental a la vida, a tal punto que para garantizar a este último, se deba proteger por vía de tutela el primero. En consecuencia, cuando para garantizar el derecho a la vida, la persona reclama la protección de su derecho a la salud por vía del amparo constitucional, este se hace viable como el mecanismo más adecuado y expedido para ello, y permite en consecuencia que por esta vía constitucional se reclame la prestación oportuna y eficaz de servicios en salud tales como el suministro de medicamentos, la realización de exámenes de diagnóstico, la realización de intervenciones quirúrgicas y todos aquellos procedimientos médicos que permitan garantizar la vida de la persona a través de la preservación de su salud.

Al respecto, la Corporación ha señalado:

“La prestación de los servicios de salud como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal”<sup>2</sup>. (Subraya fuera del texto original).

Como lo menciona la sentencia citada, cuando es un menor de edad quien reclama la protección de alguno de tales derechos prestacionales, la misma Constitución ha dispuesto en su artículo 44 que vista la natural condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta del sujeto que reclama la protección de tales derechos, merece un trato preferente, y es por ello los mencionados derechos prestacionales se tornan de manera automática en derechos fundamentales, razón por la cual su protección puede reclamarse por vía de la acción de tutela, sin que para ello sea requisito que demuestren conexidad alguna con un derecho reconocido como fundamental per se.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“En efecto, la Carta Política consagra una especial protección a los niños que se traduce en un mandato imperativo, expreso y general que incluye no sólo al Estado sino a todas las personas residentes en Colombia. Al respecto ha manifestado la Corte que la protección a cargo del Estado debe ser real, de carácter vinculante absoluto y que ella no proviene solo de la normatividad interna, sino de numerosos instrumentos internacionales que consagran la protección al menor.”<sup>3</sup>

De esta manera, cuando un menor de edad reclama la protección de su derecho a la salud, y dicha reclamación se acompaña de una especial condición de debilidad en razón a los graves problemas de salud que lo pueden estar aquejando, así como las precarias condiciones de vida que lo rodean, y si a ello se añan las difíciles condiciones económicas de su familia que les impide asumir de manera directa el cubrimiento de los requerimientos médicos que demanda, será el Estado quien bajo sus diferentes esquemas de atención en salud, asuma la protección de tales derechos y la consecuente prestación de los servicios médicos requeridos.

Ahora bien, es sabido que el Consejo de Seguridad Social en Salud, es el órgano competente

dentro del Plan Obligatorio de Salud P.O.S., para señalar los servicios de salud que deben ser prestados por las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.), a sus afiliados y beneficiarios vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en el Régimen Contributivo<sup>4</sup>.

Así mismo, dicho Consejo de Seguridad Social en Salud, estableció igualmente las limitaciones y exclusiones en la prestación de servicios en el P.O.S., definiendo tales restricciones como “aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”<sup>5</sup>.

No obstante, esta Corporación, ha considerado que teniendo en cuenta la supremacía de la Constitución Política respecto de las demás fuentes formales del derecho, ha procedido a inaplicar la reglamentación expedida por el CNSSS en la que se contemplan las exclusiones y limitaciones a la prestación de un servicio médico, así como al suministro de medicamentos o realización de algún procedimiento, procediendo en su lugar, a ordenar la práctica o suministro de los mismos, evitando de esta manera “que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas”<sup>6</sup>.

Sobre el tema la Corporación ha señalado lo siguiente:

“Cuando la vida y la salud de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas, a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados,

diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos, aun contemplados en normas legales o reglamentarias, que están supeditadas a la Constitución, cabe inaplicarlas en el caso concreto en cuanto obstaculicen la protección solicitada. En su lugar, el juez debe amparar los derechos a la salud y a la vida teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos superiores, que los hacen inviolables”<sup>7</sup>. (Subraya la Sala).

Con todo, cuando la Corte ha pretendido inaplicar la reglamentación sobre limitaciones o exclusiones del P.O.S., es preciso verificar el cumplimiento de una serie de requisitos que la jurisprudencia ha sintetizado de la siguiente manera<sup>8</sup>:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

“2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

“3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado

a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

“4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

Así, luego de verificar si se ha cumplido con todos los anteriores requisitos, la Corte a procedido a impartir las ordenes correspondientes, es decir, a ordenar a la entidad de salud accionada para que preste los servicios médicos reclamados por el accionante, o a suministre a éste los medicamentos requeridos, en tanto correspondan a prestaciones en salud que fueron inicialmente ordenados por el médico tratante adscrito a la respectiva E.P.S.9. Con todo, siempre se ha señalado en las ordenes judiciales dictadas, que la E.P.S. podrá reclamar el reembolso de las sumas pagadas por los servicios prestados o los medicamentos entregados, respecto de los cuales no estaba obligada a asumir, reclamación que podrá hacer efectiva ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA. Este recobro, lo que pretende es garantizar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues “el sistema de seguridad social está a cargo del Estado y éste, cuando la situación lo amerite, procederá a cubrir los gastos extras que se generen en aras de garantizar la satisfacción del derecho sub judice”<sup>10</sup>.

4. Improcedencia de la acción de tutela frente a hechos futuros e inciertos. por no existir violación de derechos fundamentales ciertos y reales.

En el entendido de que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de

otros medios de defensa judicial, ésta resultara viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales.<sup>11</sup>

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Sobre el particular la Corte, en sentencia T-279 de 1997<sup>12</sup>, dijo lo siguiente:

“La informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros. Por ello el ciudadano, actuando directamente o a través de apoderado, cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales derechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para ésta.”

En tal sentido, la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados.

En sentencia T-647 de 2003<sup>13</sup>, 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.<sup>14</sup> 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.”

## 5. Caso concreto.

a. Alega la accionante, quien actúa en representación de su menor hijo, que la E.P.S. FAMISANAR, a la cual se encuentra afiliada junto con su hijo y esposo, está vulnerando los derechos fundamentales de su hijo a la salud, a la vida digna y a la integridad física, al no autorizar ni asumir el costo de la aplicación de la vacuna contra el Neumococo, vacuna que la accionante considera es vital para el normal desarrollo de su hijo, quien al momento de la interposición de esta tutela se encontraba en buenas condiciones de salud.

b. El juez de conocimiento de esta tutela, luego de dar aplicación a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y analizar los requisitos que deben ser cumplidos para que se proceda a

inaplicar la normatividad correspondiente a las limitaciones y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, concluyó, que en efecto no se cumplían con los cuatro requisitos jurisprudencialmente dispuestos, pues advirtió que dicha vacuna no había sido recetada por el médico tratante del menor, sino que la misma había sido recomendada por la enfermera de turno, persona que no cuenta con la preparación científica, ni los conocimientos que le permitan diagnosticar y recetar medicamentos a los pacientes. Además, se advirtió que el menor no se encontraba enfermo, ni sufriendo de padecimiento alguno, del cual se pudiese inferir la inevitable necesidad de que la mencionada vacuna le fuera aplicada para proteger su vida, su salud o su integridad física.

c. Frente a la anterior decisión, y teniendo en cuenta no solo los hechos que motivaron la interposición de la presente acción de tutela, sino la intervención de la entidad accionada y demás documentos obrantes en el expediente, esta Sala de Revisión encuentra que la presente acción de tutela no es viable.

d. En efecto, confrontados los hechos de la tutela con la jurisprudencia de la Corte relativa con el necesario cumplimiento de todos los requisitos para proceder a inaplicar la normatividad correspondiente a las limitaciones y exclusiones del POS, es claro advertir que en efecto, dos de los cuatro requisitos atrás señalados no se cumplen. Veamos.

Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

Advierte la Sala de Revisión, que de la lectura de la demanda de tutela, como de la posterior declaración que rindiera la madre del menor, con el fin de ampliar el recuento de los hechos

que motivaron la interposición de esta acción, se puede concluir que en efecto, el menor no se encuentra afectado con algún tipo de enfermedad o expuesto a una amenaza inminente contra su salud y vida, de tal suerte que su normal desarrollo y su integridad física este seria e ineludiblemente amenazada.

Si bien la accionante señala que las condiciones de higiene de algunos niños de la casa en la cual reside con su hijo y su esposo, no es la más adecuada, es claro que la posibilidad de contraer una enfermedad de estas características se puede reducir de manera drástica conservando buenas costumbres de higiene al interior de su hogar y teniendo los cuidados mínimos que toda madre debe tener para con sus hijos recién nacidos, tal y como lo señaló la misma E.P.S. en respuesta a esta acción de tutela.

Ciertamente, las diferentes enfermedades que pueden ser transmitidas por la bacteria *Streptococcus Neumoniae* pueden afectar de manera importante la salud de un niño e incluso comprometer su vida<sup>15</sup> si no es asistido médicamente de forma oportuna, por lo que es importante la aplicación de la vacuna. Pero como claramente lo señaló la E.P.S. FAMISANAR, las vacunas son mecanismos de protección de la salud que buscan prevenir más no curar.

Así, tal y como lo advierte la mencionada E.P.S., y como se deduce del Programa Ampliado de Inmunización (PAI) desarrollado por el Ministerio de Protección Social, el proceso de inclusión de ciertas vacunas en dicho programa, depende de la incidencia en la población que tienen las enfermedades que se pretenden atacar, teniendo en cuenta para ello las condiciones propias del país, su clima, su infraestructura en salud y saneamiento básico, así como las condiciones mínimas de calidad de vida de cada persona, lo que puede influir en el nivel de riesgo y vulnerabilidad a que puede exponerse cada persona.

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 la 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.

A diferencia de las sentencias T-1211 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-270 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en las que las condiciones de salud de los menores que requerían la aplicación de vacunas, era muy delicada, al punto de que su vida corría peligro, la Corte decidió inaplicar las normas correspondientes, y ordenó el suministro de las mencionadas vacunas. En otros eventos, como los resueltos en las sentencias T-110 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis y T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, igualmente los menores se encontraban en delicado estado de salud, más sin embargo al confrontarse la situación de hecho con los criterios señalados por la Corte para inaplicar la normatividad vigente sobre exclusiones y limitaciones a tratamientos del POS, se concluyó que no se cumplían y por lo mismo no procedía el amparo constitucional.

En el presente caso, las condiciones fácticas demuestran que el menor Sebastián Amaya Salcedo no tiene comprometido su derecho fundamental a la salud y por lo mismo la protección constitucional que reclama en esta oportunidad no resulta viable. Además, del contexto de los hechos expuestos por su madre, se puede advertir que su hijo ha venido siendo objeto de los cuidados y controles médicos requeridos en razón a su edad, los mismos que le han sido prestados sin inconveniente alguno por la E.P.S. FAMISANAR, lo que garantiza en consecuencia la especial protección de sus derechos fundamentales en los términos del artículo 44 de la Constitución.

En este punto, resulta importante advertir que la decisión a tomar en el presente caso, no contraviene la posición asumida por esta Corporación en la sentencia SU-225 de 1998 en la que estableció un precedente jurisprudencial acerca de la especial protección que merecen los derechos fundamentales de los niños, y el amparo constitucional que puede reclamarse de los mismos por esta vía judicial excepcional.

En efecto, en el presente caso, la primacía de los derechos fundamentales de los niños entre los que se encuentra el derecho a la salud, puede reclamar por vía de la acción de tutela una protección constitucional inmediata, limitando así la discrecionalidad de los órganos políticos y relegando así mismo la aplicación preferente del principio democrático. Sin embargo, vistas las circunstancias que rodean el presente caso, el núcleo esencial del derecho a la salud del menor Sebastián Amaya Salcedo, no se encuentra vulnerado ni expuesto a alguna violación, razón por la cual la protección constitucional que ahora se reclama no es necesaria, máxime como ya se indicó, cuando quiera que la atención en salud por él requerida, le viene siendo prestada sin contratiempo alguno.

Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De esta manera, verificado que en efecto no se cumple por parte de la accionante con todos los requisitos jurisprudencialmente dispuestos por la Corte para inaplicar la normatividad sobre limitaciones y exclusiones en la prestación de servicios, la protección reclamada por esta vía excepcional no es viable.

Por otra parte, es importante señalar que desde un principio, cuando la accionante solicitó a la E.P.S. FAMISANAR que autorizara la aplicación de la mencionada vacuna, y esta petición le fue negada, la misma E.P.S. en el documento de respuesta a dicha petición señaló que de no contar ella 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 tuvieran contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación

de atenderla de conformidad con la capacidad de oferta y le cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes. Por esta razón, se le recomendó dirigirse a la Secretaría Distrital de Salud para conocer el procedimiento que tiene establecido el gobierno nacional para dicho fin.<sup>16</sup>

Finalmente, en lo que hace relación la protección reclamada sobre futuras prestaciones de servicios en salud, debe señalarse nuevamente que la acción de tutela no es un mecanismo para prevenir situaciones inciertas y futuras<sup>17</sup>, razón por la cual esta Sala de Revisión confirmará el fallo de instancia, al no comprobarse circunstancias apremiantes que determinen la afectación de los derechos fundamentales invocados por la accionante como vulnerados.

## V. DECISIÓN.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá del 16 de enero de 2006, por el cual se negó la presente acción de tutela.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sobre el tema la Corporación ha manifestado: “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida” (Sentencia T-571 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein).

2 Sentencia C-177 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 En sentencia T-004 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En el mismo sentido confrontar las sentencias T-715 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-283 de 1994 y T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-935 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

4 Sobre el tema ver la Sentencia T-1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Artículo 86 del Decreto 806 de 1998.

6 Ibídem.

7 Sentencia T-150 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

8 Cfr. Sentencia T-406 de 2001.

9 Sobre el tema véase entre otras siguientes sentencias: SU-480 de 1997, M.P. Alejandro

Martínez Caballero; T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-796 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-099 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-860 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-887 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-926 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-975 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-119 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández; T-337 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-042A de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-080 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz; T-461 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-566 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-591 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett); T-058 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-750 y T-828 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-882 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-901 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. y T-984 de 2004, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-016 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-024 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-086 de 2005 , M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

10 Sentencia T-622 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa,

11 Ver sentencias T-279 y T-341 de 1997, T-812/00, T-1286/00, T-1683/00 y T-1741/00, entre otras

12 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

13 Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

14 Ver Sentencia T-677/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

15 Según información obtenida del U.S. Department of Health & Human Services – Centers for Disease Control and Prevention., National Immunization Program, las enfermedades que puede producir la bacteria *Streptococcus Neumoniae* pueden ser: Meningitis, Neumonía, infecciones de la sangre, infecciones del oído, sordera y daños cerebrales. Señala que las bacterias neumocócicas pueden pasar de una persona a la otra por contacto cercano. Además, las infecciones por este tipo de bacterias son de difícil tratamiento en vista de que las mismas se han vuelto resistentes a ciertos medicamentos con las que se les solía tratar, razón por la cual los procedimientos preventivos son importantes.

16 Ver folio 12 del cuaderno principal del expediente.

