

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

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Requisitos para suministro de medicamentos excluidos del POS

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por aplicación de vacunas a menor

Referencia: expediente T-1614121

Accionante: Victor Buelvas Pinilla

Procedencia: Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Marco Gerardo Monroy Cabra quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la tutela T-1'614.121, en la acción instaurada por el señor Victor Buelvas Pinilla contra la E.P.S. Humanavivir, Seccional Cartagena. Los fallos fueron proferidos por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena, de 16 de noviembre de 2006 y el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena, el 24 de enero de 2007.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

1. El señor Victor Buelvas afirma que su esposa es cotizante de la entidad demandada desde el 2 de abril de 2003 y que se encuentran afiliados como beneficiarios él y su hija Valentina Buelvas Páez.

2. El accionante solicitó a la E.P.S. Humana Vivir autorización para que se le aplicará el esquema de vacunación a su menor hija de 11 meses.

3. Manifiesta el señor Buelvas que la E.P.S. Humana Vivir sólo autorizó a su hija las siguientes vacunas: antisarampiosa y antifebrea amarilla, para las vacunas faltantes la entidad respondió que: “no es viable su cubrimiento por la E.P.S.”

4. Considera el accionante que la entidad demandada está vulnerando y poniendo en alto riesgo la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de la menor al estar expuesta a enfermedades contagiosas.

5. Solicita proteger los derechos fundamentales de su menor hija. Por tanto, solicitar ordenar a la E.P.S. demandada autorizar las vacunas que le falta aplicar a su hija, como son: Neumococo, Meningococo, Antigripal, Varicela, Influenza, Hepatitis A, contra Fiebre Tifoidea e Influenza tipo B.

2. Contestación de la entidad demanda

El 3 de noviembre de 2006, la E.P.S. Humana Vivir, Seccional Cartagena, da contestación al Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena, en los siguientes términos:

Las vacunas contra el Sarampión y la Fiebre Amarilla, están incluidas dentro del ESQUEMA NACIONAL DE VACUNACIÓN, lo que significa que el estado colombiano garantiza, la entrega de estas, son gratis y cualquier IPS, esta obligada a entregarlas, con el cumplimiento de requisitos de edad.

Además que no existe pertinencia médica debido a que no hay fórmula médica para lo pretendido, es decir que ningún galeno ha ordenado el suministro de estas, y la autorización de lo pretendido generará un mal gasto de los recursos del estado y de los usuarios, ya que es el Fosyga en últimas, quien cubrirá este costo.

No ha mediado por parte nuestra NEGACIÓN DE SERVICIOS porque ningún médico a (sic) formulado estos medicamentos.”

Afirma la entidad que la misma Corte Constitucional ha determinado que sin el cumplimiento de los requisitos no es posible suministrar un servicio excluido del POS.

Por tal razón, la entidad accionada considera que en el presente caso no se cumplen tres (3) de los requisitos, motivo suficiente para no tutelar los derechos de la menor Valentina Buelvas.

3. Pruebas

- Carné de vacunación a nombre de la menor Valentina Buelvas Páez.
- Registro Civil de Nacimiento número 39350698, a nombre de la menor Valentina Buelvas Páez, fecha de nacimiento 8 de noviembre de 2005.
- Carnés de afiliación a la E.P.S. Humana Vivir a nombre de los padres de la menor.
- Cédula de Ciudadanía del señor Victor José Buelvas Pinilla, número 18.126.711 de Mocoa (Putumayo).
- Solicitud del suministro de vacunas por parte del accionante dirigido a la E.P.S. Humana Vivir, fechada 12 de septiembre de 2006.
- Respuesta a la solicitud del accionante con fecha 4 de octubre de 2006, en donde la E.P.S. manifestó:

“En atención a su solicitud de suministro de las Vacunas contra el Neumococo, Meningococo, Antigripal, Varicela, Hepatitis A, le informamos que la Resolución 5261 de 1994 establece las Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, y en su Artículo 13, determina las condiciones y el tipo de productos que serán suministrados a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...)

Adicionalmente los medicamentos referidos, no se encuentran descritos en el Acuerdo 228 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, de tal forma que no están cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud y en consecuencia no es viable su cubrimiento por la EPS.

No obstante, puede consultar al médico tratante con el objeto que le formule un medicamento análogo que esté contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, que pueda

suplir o cumpla la misma función al anteriormente formulado y que pueda ser suministrado por la EPS por estar cubierto por el POS.

En caso de no ser posible lo anterior, y se requiera el suministro de medicamentos por fuera de las condiciones establecidas en el Plan Obligatorio de Salud y teniendo en cuenta la normatividad vigente para los medicamentos no contenidos en el listado del POS C, según Resolución 3797 de 2004, el suministro del medicamento requerido será sometido a evaluación del Comité Técnico Científico, para lo cual le solicitamos acercarse a nuestras oficinas en esa ciudad y radicar la documentación necesaria según requisitos anexos, para el estudio de su pertinencia.”

- Escrito de 4 de julio de 2007, en donde el accionante informó a esta Corporación lo siguiente:

“Por medio del presente documento me permito manifestar que Humana Vivir nos desafilió arbitrariamente y actualmente nos encontramos vinculados a la E.P.S. Salud Total.

Todo lo anterior con la finalidad de que sea tenido como prueba dentro del presente expediente.”

Anexó copia del carné de afiliación en la E.P.S. Salud Total, Seccional Cartagena, número C-3318908, fecha de afiliación 2 de julio de 2007, a nombre del señor Víctor José Buelvas Pinilla.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

- El 16 de noviembre de 2006, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena, negó la acción de tutela. Fundamentó su decisión en que los requisitos exigidos para que la E.P.S. Humana Vivir autorice las vacunas no POS no se cumplen en este caso, ya que las vacunas no han sido ordenadas por el médico adscrito a la E.P.S., como tampoco el accionante acreditó que la menor se encuentra en riesgo alguno, o se le esté causando un perjuicio irremediable.

- El 24 de enero de 2007, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena, confirmó el fallo del a-quo en todas sus partes.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Problema Jurídico

Procede esta Sala a resolver si se desconocen los derechos a la salud, a la seguridad social, a la vida y a la integridad física de la menor de edad, Valentina Buelvas Páez por parte de la E.P.S. Humana Vivir al negar la autorización del suministro de las Vacunas Neuomoco, Penta, Hepatitis A, Meningococo, Antigripal, Varicela, Influenza contra Fiebre Tifoidea e Influenza tipo B, por no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud.

3. Violación al derecho a la salud en conexidad con la vida de los menores

Esta Corporación ha manifestado que los derechos de los menores prevalecen sobre los demás, por lo cual resulta relevante y necesario, garantizar la vida del menor en condiciones dignas con un estado de salud apropiado. Estas condiciones se traducen en el derecho a ser vacunados lo más pronto posible, toda vez que durante esta etapa de la vida, los peligros que se presentan ante cualquier enfermedad son más frecuentes.

Al respecto la Sentencia T-903 de 20051, señaló sobre las vacunas que se encuentran fuera del POS, lo siguiente:

“La Corte ha precisado que se debe dar protección especial a la salud de los menores, por cuanto los derechos de los mismos prevalecen sobre los demás, sin que para ello requiera estar en conexidad directa con el derecho fundamental a la vida.

En casos similares en los cuales las EPSs no suministraron las vacunas por no encontrarse dentro del POS, la Corporación dijo:

1) En anterior ocasión, el médico le prescribió a la menor la aplicación de vacunas virus influenza N° 12 y Neumococo N° 1, y dijo la Corte: “...El argumento que esgrime es el de que las vacunas no se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS), ni dentro de los programas de promoción y prevención que tiene el Gobierno establecido para cada zona del

país. Cabe aclarar que efectivamente existe reglamentación respecto de medicamentos que son excluidos del POS, como el caso de las vacunas que requiere la menor que no están dentro del listado de medicamentos esenciales; pero, teniendo en cuenta el presente caso, cuando se deja de utilizar el medicamento ordenado por el médico especialista, se está afectando la integridad física y la salud de la menor, situación en la cual, es posible inaplicar normas que pongan en peligro estos derechos fundamentales, para proteger y prolongar la vida digna del menor” 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.”² (subrayas fuera de texto)

2) De la misma manera, en otro caso, al menor se le ordenó el suministro de las vacunas Sinages y Neumococo, medicamentos necesarios para la protección del sistema pulmonar, y para protegerlo de muchas otras enfermedades. La E.P.S. le respondió a la accionante negativamente a su petición, argumentado que las vacunas reclamadas no se encontraban incluidas en el P.O.S.

Por lo que la Corporación manifestó: “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. Recordemos que las complicaciones respiratorias de Juan Diego, han requerido por lo general, que este sea internado en varias clínicas por periodos de más de 10 o 15 días, tiempo durante el cual ha requerido el suministro de oxígeno, antibióticos y otros medicamentos que le permitan superar sus crisis respiratorias.

2. Ciertamente, las vacunas son medicamentos que no presentan alternativas medicinales que se encuentren incluidas en el P.O.S., razón por la cual resultan fundamentales para garantizar la calidad de vida de quienes las requieren.”³”

Los menores de un año tiene derecho a las vacunas. sin embargo, las EPS no asumen el costo de las vacunas, aplicando sólo las que se encuentran dentro del POS. En efecto, la

mayoría de los casos son los padres quienes afrontan el costo de la vacunación. En relación con este aspecto, la jurisprudencia ha sido constante en proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de los menores, ordenando a las EPS demandadas que suministren las vacunas, aún estando fuera del POS.

De la información allegada al caso en estudio, se tiene que el costo de las vacunas en parte, fueron asumidas en parte por el padre de la menor. En consecuencia, se presenta una carencia actual de objeto. Sin embargo, es necesario analizar si se violó o no el derecho fundamental de la menor Valentina Buelvas Páez, puesto que la jurisprudencia ha señalado que esta situación no exime a la Corporación de realizar un análisis de fondo del asunto.

4. Procedencia de la acción de tutela en protección del derecho a la salud. Requisitos.

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido las condiciones⁴ de procedencia del amparo constitucional para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad física, las cuales se señalan a continuación:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o reglamentaria, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado⁵, 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, medicina prepagada, 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.”

De acuerdo al cumplimiento de los presupuestos enunciados, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, ha inaplicado aquellas disposiciones que, o bien restringen la entrega de medicamentos, o bien impiden la aplicación de ciertos tratamientos médico-quirúrgicos.

Asimismo, deberá ahora evaluarse si en el caso concreto se presentan las condiciones antes señaladas, con el fin de determinar la procedencia del amparo solicitado.⁶

IV. CASO CONCRETO

El señor Victor Buelvas Pinilla en representación de su menor hija Valetina Buelvas Páez interpuso la acción de tutela con el fin que se le protejan los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la integridad física y mental y a la seguridad social. Afirma que la EPS Humana Vivir está vulnerando todos los derechos de la menor al no autorizarle el esquema completo de vacunas (Neumococo, Meningococo, Antigripal, Varicela, Influenza, Hepatitis A, contra Fiebre Tifoidea e Influenza tipo B), por encontrarse fuera del POS.

En virtud que el derecho a la salud de la menor Valentina Buelvas Páez tiene carácter fundamental, y siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación que ha estimado que el no suministro de vacunas pone en riesgo tal derecho, la conducta de la EPS Humana Vivir, Seccional Cartagena, desconoció el derecho de la salud en conexión con la vida de la menor⁷.

Puede observarse, que al momento de interponer la acción de tutela existía vulneración a los derechos fundamentales de la menor Valentina Buelvas Páez. Sin embargo, se ha presentado carencia actual de objeto por cuanto, para el 4 de julio del presente año, el padre de la menor dirige un escrito a la Secretaría de esta Corporación, en la que manifestó que la entidad de salud demandada los había desafiliado. El escrito a la letra dice: "... Humana Vivir nos desafilió arbitrariamente y actualmente nos encontramos vinculados a la E.P.S. Salud Total."

De igual forma, se realizó comunicación telefónica con el señor Buelvas Pinilla, quien manifestó que a su hija ya se le habían aplicado las vacunas, unas dosis por parte de la E.P.S. a la que se encuentra afiliado actualmente y otras vacunas por parte del accionante quien asumió el costo, de donde se desprende, que la vulneración a los derechos fundamentales

que inicialmente habían dado motivo para interponer esta acción de tutela, ya fueron superados.

En un caso similar, esta Corporación en la Sentencia T-406 de 20078, manifestó lo siguiente:

“Como en ocasiones anteriores⁹, al momento de entrar a estudiar el problema jurídico, en desarrollo de los principios de celeridad y eficacia con base en los cuales debe ser adelantado el trámite de toda acción de tutela, (Art. 86 de la Constitución Política y Art. 3 del Decreto 2591 de 1991), esta Corporación estableció contacto telefónico con la accionante a fin de determinar la existencia de violaciones a los derechos fundamentales. Con la información obtenida, se pudo constatar que al señor Elkin de Jesús Arcila Merino se le practicó la resonancia magnética de columna cervical simple y con gadolinio, y éste decidió asumir personalmente los costos no incluidos en el POS.”

Por tanto, siendo confirmado por el mismo accionante que a la menor ya le fueron aplicadas las vacunas, se hace innecesario un pronunciamiento de fondo sobre el caso planteado ya que su resultado sería inocuo, por lo cual la Sala de Revisión se abstendrá de pronunciarse al respecto.

En los casos en que los hechos presuntamente vulnerados o que ponen en riesgo los derechos fundamentales que motivaron la acción de tutela desaparecen o son superados, la acción de tutela pierde su sentido y razón de ser, pues las decisiones que adoptará el juez se tornarían inoperantes por cuanto la amenaza desaparece¹⁰. Al respecto la jurisprudencia dijo:

“La Sala no comparte la argumentación hecha por el juez de instancia para denegar la tutela solicitada por la señora (...), y procederá a revocar el fallo objeto de revisión. No confirma el fallo porque la tutela ha debido ser concedida. No obstante, la Corte no se pronuncia de fondo, pues en el presente caso hay carencia de objeto por sustracción de materia, toda vez que el Instituto de Seguros Sociales ya expidió la autorización para la práctica de la cirugía requerida por la madre de la peticionaria (...). No existe al momento en que se produce este fallo, razón alguna para impartir una orden al ente accionado.

En estos casos, la técnica empleada es que la decisión de instancia es confirmada, pero por las razones expuestas por la Corte¹¹. Pero confirmar un fallo contrario a la Carta no es lo procedente. Por eso, la técnica que se empleará en la parte resolutive será la de revocar y declarar la carencia de objeto.”

Por lo tanto: “la protección a través de la tutela pierde sentido y, en consecuencia, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna de protección del derecho fundamental invocado”¹² cuando los hechos que dieron lugar a la interposición de esta acción, desaparecieron¹³.”

No obstante, esta Sala previene a la EPS Humana Vivir, Seccional Cartagena, en el sentido, de que se les brinde de manera oportuna la información necesaria y el servicio requerido a las personas afiliadas o beneficiarias, en especial a los menores de edad, por cuanto la vida de éstos puede correr peligro por la demora del mismo.

Con base en lo expuesto, esta Sala confirmará la sentencia del Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, mediante la cual se negó la tutela, pero por las consideraciones aquí expuestas y con las advertencias señaladas.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Por la existencia de carencia actual de objeto, confirmar la sentencia de segunda instancia por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena, el 24 de enero de 2007, que confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena, el 16 de noviembre de 2006.

SEGUNDO.- Se previene a la E.P.S. Humana Vivir, Seccional Cartagena, para que se les brinde de manera oportuna la información necesaria y el servicio requerido a las personas afiliadas o beneficiarias, en especial a los menores de edad, por cuanto la vida de éstos puede correr peligro por la demora en el suministro de las vacunas a que se ha hecho referencia en esta providencia.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

2 Sentencia T- 270 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Sentencia T-1211 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Entre otras se pueden consultar sobre el tema las siguientes Sentencias T-110 de 2003 y T-666 de 2004.

4 Corte Constitucional. Sentencias T-926 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T- 975 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-887 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1524 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-344 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-337 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-002 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-471 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-099 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-159 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T-265 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentarías y T-282 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

5 Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Sentencia T-461 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 Ver entre otras, las Sentencias T-1211 de 2004, T-903 de 2005 y T-502 de 2006.

8 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

9 Al respecto ver Sentencia T-219 de 2007 (MP Jaime Cordoba Triviño), T-104 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-643 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-745 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1112 de 2004 (MP. Jaime Araújo Rentería), T-341 de 2003 (MP. Jaime Araújo Rentería), T-817 de 2003 (MP. Jaime Araújo Rentería), T-476 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda), T-1054 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-603 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-667 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-620 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero) y T-124 de 1999 (MP. Fabio Morón Díaz)

10 Ibid.

11 En relación con la existencia de sustracción de materia en fallos de tutela pueden consultarse las sentencias T-186 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara ,T-509 de 2000 M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-957 de 2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

12 Ver Sentencia: T - 001/03. M.P. Marco Gerardo Monroy.

13 Sentencia T-495 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil