

Sentencia T-929/10

DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección constitucional especial a niños y niñas en relación al suministro de vacunas

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Casos en que se desconoce respecto a la aplicación de vacunas a menores

Tanto la salud como la seguridad social de los menores tienen el carácter de derecho de fundamental, y por tanto, gozan de especial protección constitucional. En particular, en cuanto al suministro de vacunas a menores de edad la Corte Constitucional ha señalado que se desconoce su derecho a la salud cuando se niega la aplicación de las mismas pero se cumplen los requisitos para acceder a un servicio médico o tratamiento no contemplado en el POS o POSS, o bien cuando se niegan las vacunas pero se cumplen las siguientes condiciones: (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”.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no configuración de requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para acceder a vacunas ni existe incumplimiento de mandato legal por parte de EPS

Referencia: expediente T- 2765663

Acción de tutela instaurada por Maite Mondragón Arcila en representación de María del Mar Mora Mondragón contra COOMEVA EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Primero Penal Municipal de Roldanillo, y por el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo, que resolvieron la acción de tutela promovida por la señora Maite Mondragón Arcila en representación de su menor hija María del Mar Mora Mondragón.

I. ANTECEDENTES

Hechos y acción de tutela interpuesta

La señora Maite Mondragón Arcila instauró acción de tutela, en representación de su hija María del Mar Mora Mondragón, contra COOMEVA EPS por considerar que se están vulnerando los derechos a la salud, a la vida digna, a la igualdad y a la especial protección de los menores. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes hechos:

1. La accionante sostiene que su hija, de 3 años de edad¹, se encuentra afiliada a COOMEVA EPS en calidad de beneficiaria de su padre Carlos Alberto Mora.
2. La peticionaria afirma que, el 6 de marzo de 2009, mediante derecho de petición presentado a la EPS accionada solicitó la aplicación para su hija de las vacunas del rotavirus y el neumococo, pero que su solicitud fue resuelta de forma negativa en tanto dichas vacunas eran suministradas a menores prematuros o de alto riesgo.
3. No obstante, de acuerdo con la accionante, mediante parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1373 de 2010, se dispuso la inclusión: “(...) dentro del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), las vacunas del Rotavirus y Neumococo en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal”.
4. En virtud de lo expuesto, la señora Maite Mondragón Arcila plantea que la falta de suministro de las vacunas mencionadas a su hija María del Mar Mora Mondragón, constituye un desconocimiento de la Ley 1373 de 2010, así como una amenaza para el desarrollo integral de la menor en vulneración de los derechos de los niños, en especial, a la salud y a la vida digna.

5. La señora Mondragón Arcila interpuso acción de tutela, en representación de su menor hija, contra COOMEVA EPS con el propósito que se ordene a la accionada autorizar, sin dilación, la aplicación de las vacunas rotavirus y neumococo a la menor María del Mar Mora Mondragón.

6. La accionante aportó como pruebas los siguientes documentos:

6.1. Copia del derecho de petición presentado, el 6 de marzo de 2009, por Maite Mondragón Arcila a COOMEVA EPS para solicitar la aplicación de las vacunas de rotavirus y neumococo a su hija María del Mar Mora Mondragón (Folios 7 y 8).

6.2. Copia del anexo al derecho de petición presentado por la señora Mondragón Arcila, el 03 de abril de 2009 (Folio 9).

6.3. Copia la historia clínica de la menor María del Mar Mora Mondragón (Folios 10 a 19).

6.4. Copia del registro civil de nacimiento de la menor María del Mar Mora Mondragón (Folio 20).

6.5. Copia de la Ley 1373 de 2010 (Folio 21).

6.6. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Maite Mondragón Arcila (Folio 21).

6.7. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Alberto Mora (Folio 22).

7. Previa a la admisión de la acción de tutela, el Juzgado Primero Penal Municipal de Roldanillo, por auto del diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010), solicitó a la accionante ampliar la queja presentada pues en su concepto los hechos y razones que motivan la solicitud de amparo, carecen de los soportes exigidos para su admisión y posterior prosperidad.

8. El veintiuno (21) de mayo de dos mil diez (2010), ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Roldadillo, la señora Maite Mondragón Arcila rindió declaración. De la misma es relevante destacar lo siguiente: “(...) PREGUNTADA: Indique al Despacho en qué momento debía usted aplicarle las vacunas de rotavirus y neumococo a su hija?. CONTESTO: Está en el tiempo, según la ley antes de los cinco años , pero uno se la puede aplicar en cualquier tiempo, y

para cumplir la ley tiene que ser antes de los cinco años. PREGUNTADA: Indique al Despacho si usted insinuó a las directivas de la empresa COOMEVA sobre las ventajas y beneficios para la población infantil del programa ampliado de inmunizaciones PAI de la ley 1373 de 2010. En caso cierto que le explicaron sobre el particular. CONTESTO: Yo no les he anunciado o avisado sobre esa ley, tampoco sé si se darán cuenta que existe esa ley. PREGUNTADA: Indique al Despacho si las vacunas rotavirus y neumococo que requiere su hija le fueron prescritas por un médico de la red adscrita a COOMEVA. CONTESTO. No, ellos no prescribieron esas vacunas. Lo que pasa es que eso no hace parte del programa de vacunación. PREGUNTADA. Sírvase indicar que peligro inminente se cierne sobre (sic) pequeña hija en caso de no contar con las vacunas rotavirus y neumococo?. CONTESTO. La vacuna contra el neumococo previene: la meningitis, la neumonía, bactereriemia, septicemia, otitis media y sinusitis, y la vacuna contra el rotavirus previene la diarrea grave. Y todas esas son enfermedades graves. PREGUNTADA: Sírvase indicar que gestiones o recursos ha agotado ante COOMEVA a efectos de obtener la aplicación de la vacuna?. CONTESTO: Únicamente derecho de petición, nada más. PREGUNTADA: Sírvase indicar que respuestas obtuvo del derecho de petición?. CONTESTO. Pues yo hice inicialmente un derecho de petición , lo hice por escrito, y me contestaron a través de una llamada. Ellos me llamaron y me dijeron que llevara a la niña por consulta externa y que él médico decidía si la niña debía ponerse esa vacuna o no, mejor dicho, me dijeron que la doctora tomaba la decisión, ella decidía si la niña necesitaba esas vacunas. Yo la llevé a la consulta, me tocó con la doctora CAROLINA JIMÉNEZ, yo le expuse mi intención de ponerle la vacuna y ella me explicó que no podía formularme las vacunas, que porque era una niña sana, y que no era prematura, y me explicó que esas vacunas solo las colocaban a los niños de alto riesgo y prematuros. (...) PREGUNTADA. Sírvase indicar al Despacho como está integrado su grupo familiar y cual es su capacidad económica? CONTESTO. Mi esposo CARLOS ALBERTO MORA que es el que trabaja y es el cotizante de COOMEVA, mi hijo CARLOS EDUARDO MORA que tiene nueve años y la niña MARÍA DEL MAR y yo. El único que trabaja es mi esposo, él es vendedor o asesor comercial en una empresa llamada DISTRICOL en Buenaventura, y se gana el mínimo. El rango de afiliación a COOMEVA es uno. Yo hago el trabajo de todas las madres, ama de casa. Vivimos en una casa donde pagamos arriendo en una casa ubicada en el barrio José Joaquín Jaramillo que es estrato dos, y para la muestra un botón, les allego fotocopia del recibo de energía."2.

9. El Juzgado Primero Penal Municipal de Roldanillo, por auto del veinticuatro (24) de mayo de

dos mil diez (2010), avocó el conocimiento de la acción de tutela instaurada contra COOMEVA EPS, y dispuso el traslado de la misma a la accionada para que rindiera informe sobre los hechos que soportan la demanda. Igualmente, ordenó remitir a la menor al Instituto de Medicina Legal para que luego de una valoración médica, se determine la necesidad y urgencia en la aplicación de las vacunas.

Respuesta de la entidad accionada

10. La apoderada jurídica de COOMEVA EPS advirtió que la menor se encuentra activa y afiliada al régimen contributivo de seguridad social en salud. Al respecto, indicó que se debe denegar la acción de tutela en tanto no se han vulnerado los derechos fundamentales de la menor. En particular, precisó que una vez consultado el caso de la hija de la accionante con el auditor médico y la historia clínica de la niña se observa que no registra criterios para la aplicación de las vacunas, las cuales están indicadas para bebés en alto riesgo o con bajo peso (Artículos 1 y 2 del Acuerdo 366 de 2007). En efecto, señaló que la bebé es una niña sana que no necesita de las vacunas, no obstante, advirtió que si esa situación cambiaba se podía acceder a una nueva valoración médica para determinar la pertinencia de la aplicación de las mismas.

En ese sentido, advirtió sobre la menor lo siguiente: “Paciente menor de edad, sana, sin patología de bases o factores de riesgo según lo descrito en la historia clínica de la Dra. Carolina Jiménez Espinosa fechada el 20 de marzo de 2009. En la cual solicita la madre de la menor las vacunas para el neumococo, hepatitis y varicela. Dichas vacunas se encuentran fuera del esquema básico de vacunación . Hay que aclarar que como lo menciona la madre de la menor en su acción de tutela, estas vacunas fueron adscritas al Plan Ampliado de Inmunización (PAI), pero bajo unos criterios muy claros , tales como paciente con bajo peso al nacer y riesgo de base como patologías respiratorias crónicas. Estos criterios se establecieron debido a que estos pacientes son los que tienen un alto riesgo de complicaciones si se presentan estas patologías. La población en general, es decir la sana, no presenta mayor riesgo de complicaciones siempre y cuando se inicie el tratamiento médico establecido si se presenta la patología. Y tal como lo determina la Dra. Jiménez en su historia clínica de hace un año la paciente no presenta dichos riesgos. Solicitamos a la madre de la paciente que si considera que tiene algún riesgo en el momento actual, favor acudir de nuevo a consulta médica con la red de COOMEVA EPS, para que se determine si en realidad

presenta riesgo alguno y definir si se puede incluir el caso en el PAI.”³

11. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses remitió el informe técnico médico legal de la menor, con las siguientes observaciones: “Refiere la Madre Maite Mondragón Arcila: “Yo considero que las leyes es para todos y que los niños sanos también se enferma(sic), entonces yo quiere (sic) que a la niña le pongan la vacuna del Rotavirus y Neumococo,; ella cada rato le da gripa o otitis y es un problema darle medicamentos porque no recibe nada y en algunas ocasiones le han tenido que hacer nebulizaciones.”(...) -La Vacuna Rotarix (vacuna contra el Rotavirus), es una vacuna Oral de dos dosis, pero dice textualmente en el inserto del producto “El esquema de vacunación deberá completarse a la edad de 24 semanas”, es decir que la protección contra enfermedades gastrointestinales inducida por la vacuna tiene utilidad si se usa en los primeros 6 meses de vida, después de esta edad, según informa el mismo laboratorio, esta vacuna no tiene utilidad. // -Vacuna Prevenir (Vacuna conjugada Neumococica) está indicada en niños desde las 6 semanas hasta los 9 años de edad y protege contra enfermedades producidas por la bacteria llamada Neumococo, como Neumonía, otitis media e infecciosa generalizada. // Requiere un esquema de 3 dosis, con intervalos entre 4 y 8 semanas entre dosis. // Con base en estos conceptos técnicos la menor accióname (sic) no tendría indicación de vacuna contra el rotavirus dado que ya superó la edad de los 6 meses; pero si está completamente indicada la aplicación de la vacuna contra el Neumococo, mas a un (sic) teniendo antecedentes de infecciones respiratorias recurrentes.”⁴.

Decisión de primera instancia

12. El Juzgado Primero Penal Municipal de Roldanillo, en sentencia proferida el 8 de junio de 2010, decidió negar por improcedente el amparo solicitado frente al derecho a la salud y la vida digna. Esto, por cuanto del acervo probatorio se infiere que no existe necesidad en la aplicación de las vacunas solicitadas pues no hay un riesgo real y cierto para la salud de la menor. Además, tampoco se encuentra que estas hayan sido prescritas por el médico tratante de la menor.

Sin embargo, concedió la protección del derecho de petición de la accionante al concluir que tiene derecho a que se le informe por escrito por qué su hija no se encuentra dentro de la población beneficiaria del Programa Ampliado de Inmunizaciones.

Impugnación

14. La accionante impugnó la decisión de primera instancia, insistiendo en que la EPS desconoce la Ley 1373 de 2010, según la cual se debe incluir de manera universal la vacuna contra el neumococo para los niños entre 0 y 5 años. Igualmente, resaltó, que el médico legista consultado concluyó que su hija requería la vacuna contra el neumococo. Por último, desistió sobre la pretensión de la vacuna del rotavirus toda vez que su hija ya superó la edad para su aplicación.

Decisión de segunda instancia

15. El Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo, mediante sentencia de 14 de julio de 2010, confirmó la decisión de primera instancia. Consideró que la ley invocada por la actora establece que la cobertura de las vacunas se hará de forma gradual, en esa medida, resulta apropiado establecer unos criterios de necesidad para su aplicación. A su juicio, la hija de la accionante no cumple con dichos criterios para ser beneficiaria de las vacunas, pues no se encuentra en riesgo de padecer enfermedades respiratorias pese al concepto del médico legista el cual se basó en el dicho de la madre de la menor.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela seleccionados.

Problema jurídico

2. Corresponde a la Sala definir si la decisión de la EPS de negar las vacunas del neumococo y rotavirus a la hija de la accionante desconoce los derechos de los niños, en especial el derecho a la salud y a la vida digna, teniendo en cuenta que la menor ha sido evaluada por la EPS accionada como una niña sana, pero existe concepto del Instituto de Medicina Legal que sugiere la aplicación de la vacuna del neumococo.

Para abordar el estudio del problema descrito, la Sala (i) reiterará el alcance del derecho a la salud y a la seguridad social de los menores de edad con discapacidad; y (ii) resumirá la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el suministro de vacunas a los niños y niñas.

Reiteración de jurisprudencia. El derecho a la salud y a la seguridad social de los niños y niñas relacionado con el suministro de vacunas.

3. El artículo 44 de la Constitución Política define como fundamental el derecho a la salud y a la seguridad social de los menores⁵. Esto, en armonía con la Ley 12 de 1991 por medio de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y la Ley 1098 de 2006 -Código de Infancia y Adolescencia-) entre otras.

Sobre el tema la Corte Constitucional en la Sentencia SU-819 de 1999 señaló lo siguiente:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”

4. Ahora bien, frente a la protección del derecho a la salud cuando los niños o niñas requieren el suministro de vacunas, la Corte Constitucional ha determinado que para conceder el amparo es necesario acreditar que se cumplen con los requisitos para acceder a un servicio médico no contemplado en el POS o POSS⁶, o bien, específicamente, cumplir 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”.

4.1. En cuanto el análisis de casos concretos resueltos a partir del cumplimiento de los requisitos para acceder a un servicio médico o tratamiento no incluido en el POS o en el POSS, pueden mencionarse, entre otras, las siguientes decisiones:

- La SU-225 de 1998, en la cual este Tribunal encontró probado el inminente riesgo en el que se encontraban los niños de contraer la meningitis y confirmó la decisión del juez de instancia que ordenó el estudio pertinente que conllevara a que los menores accionantes recibieran en forma gratuita las dosis o vacunas, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis.

- La sentencia T-270 de 2003, en la que la Corte ordenó la aplicación de las vacunas del neumococo y la influenza a una menor que padecía asma, y las cuales habían sido recetadas por su médico tratante. Para esta corporación era evidente el riesgo en que se encontraba la menor de contraer las enfermedades.

- En la sentencia T-666 de 2004, la Corte negó la vacuna del neumococo al encontrar acreditada la capacidad económica del padre de familia para sufragar el costo de la vacuna.

- La sentencia T-1211 de 2004, mediante la cual se ordenó la aplicación de las vacunas del neumococo y VIRUS SINCITAL RESPIRATORIA a un menor que presentaba antecedentes de problemas respiratorios como neumonías virales y bacterianas.

- La sentencia T-903 de 2005, en la cual se concedió la entrega de la vacuna contra el neumococo a un menor que padecía bronconeumonía. Mediaba la orden del médico tratante y estaba comprobada la incapacidad económica para sufragar el costo de la misma.

- En sentencia T-1314 de 2005 la Corte ordenó el suministro de las vacunas SYNAGIS-PALIVIZUMAB ordenadas por el médico tratante, para prevenir el virus sincital respiratorio que se encuentran en alto riesgo de contraer las menores, quienes nacieron con solo 32 semanas de gestación, es decir, prematuras. Igualmente, la Corte analizó y encontró acreditados los otros dos requisitos para acceder a procedimientos no incluidos en el POS: falta de capacidad económica e inexistencia de alternativa terapéutica en el POS.

- La sentencia T-502 de 2006, en la que se concluyó que no se cumplía con dos de los requisitos previstos por la jurisprudencia para otorgar servicios médicos no incluidos en el

POS. De una parte, no existía un riesgo inminente para la salud del menor que solicitaba la vacuna contra el neumococo⁷, y de otra, la solicitud de la vacuna había sido realizada por una enfermera y no por el médico tratante.

- La sentencia T-492 de 2007, en la cual, luego de constatar el cumplimiento de los 4 requisitos para suministrar tratamientos o medicamentos no contemplados en el POS, se concedió a un menor que padecía de un tumor del encéfalo supratentorial y diabetes insípida la aplicación de las vacunas “antigripal, antihepatitis A, neuomococica y varicela”.

4.2. En lo relacionado con el segundo escenario, es decir, los casos en que la Corte ha empleado específicamente las reglas jurisprudenciales sobre el otorgamiento de vacunas, se pueden destacar los siguientes:

- La sentencia T-977 de 2006, en la que la Corte negó el suministro de las vacunas contra el neumococo, la varicela y la meningococo a dos menores por tratarse de niñas sanas, es decir, para quines no existía un riesgo inminente y real de contraer la respectiva enfermedad. Por el contrario, luego de un estudio sobre la necesidad de las vacunas, la Sala ordenó la aplicación de la vacuna contra la hepatitis A al considerar que se trataba de una enfermedad endémica en nuestro país.

- En la sentencia T-1007 de 2007, este Tribunal encontró acreditado los tres requisitos para ordenar las vacunas de varicela y hepatitis A, a un menor cuyos antecedentes médicos reflejaban la necesidad de las mismas.

- En la sentencia T-959 de 2008, en atención al primer requisito, se ordenó la valoración médica de la menor por parte del Instituto de Medicina Legal para determinar la pertinencia de las vacunas que previenen las enfermedades rotavirus y neumococo, que de encontrarse acreditada deberán aplicarse.

- En la sentencia T-300 de 2009, se negó la aplicación de las vacunas contra la hepatitis A, influenza y varicela a un menor porque: “(...) aún cuando está probado que la accionante no cuenta con los recursos económicos disponibles para asumir el costo de las vacunas, también lo es que, a diferencia de otros casos examinados por la Corte en otras oportunidades, no se encuentra demostrado que la falta de aplicación de las vacunas solicitadas implique un riesgo real y cierto para la salud del menor. De igual manera, la aplicación de las mismas no

ha sido prescrita por un médico adscrito a la EPS, sino que la peticionaria las solicitó verbalmente y a iniciativa propia y sin reparar siquiera si su menor hijo las necesita realmente o tiene la edad requerida para su aplicación.”. No obstante, se ordenó terminar de aplicar las vacunas de rotavirus y neumococo, pues ya le habían sido suministradas las primeras dosis al menor.

5. En suma, tanto la salud como la seguridad social de los menores tienen el carácter de derecho de fundamental, y por tanto, gozan de especial protección constitucional. En particular, en cuanto al suministro de vacunas a menores de edad la Corte Constitucional ha señalado que se desconoce su derecho a la salud cuando se niega la aplicación de las mismas pero se cumplen los requisitos para acceder a un servicio médico o tratamiento no contemplado en el POS o POSS, o bien cuando se niegan las vacunas pero se cumplen las siguientes condiciones: (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”.

Estudio del caso concreto.

6. La señora Mondragón Arcila interpuso acción de tutela, en representación de su menor hija, contra COOMEVA EPS con el propósito que se ordene a la accionada autorizar la aplicación de las vacunas rotavirus y neumococo a la menor María del Mar Mora Mondragón. La accionante plantea que la falta de suministró de las vacunas mencionadas a su hija constituye un desconocimiento de la Ley 1373 de 2010, así como una amenaza para el desarrollo integral de la menor en vulneración de los derechos de los niños, en especial, a la salud y a la vida digna.

Por su parte, la EPS accionada precisó que una vez consultado el caso de la menor con el auditor médico de acuerdo con la historia clínica de la niña se observó que no registra criterios para la aplicación de las vacunas, las cuales están indicadas para bebés en alto riesgo o con bajo peso (Artículos 1 y 2 del Acuerdo 366 de 2007). En efecto, señaló que la bebé es una niña sana que no necesita de las vacunas, no obstante, advirtió que si esa situación cambiaba se podía acceder a una nueva valoración médica para determinar la pertinencia de la aplicación de las mismas.

Los jueces de instancia negaron el amparo al considerar que no se encuentra acreditada la necesidad en la aplicación de las vacunas solicitadas pues no hay un riesgo real y cierto para la salud de la menor. Además, las vacunas tampoco fueron prescritas por el médico tratante de la menor. Durante el trámite de la segunda instancia la accionante desistió sobre la solicitud de la vacuna del rotavirus toda vez que su hija ya superó la edad para su aplicación.

El informe presentado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, luego de la valoración de la menor, concluye: “Con base en estos conceptos técnicos la menor accióñate (sic) no tendría indicación de vacuna contra el rotavirus dado que ya superó la edad de los 6 meses; pero si está completamente indicada la aplicación de la vacuna contra el Neumococo, mas a un (sic) teniendo antecedentes de infecciones respiratorias recurrentes.”⁸. Sin embargo el juez de segunda instancia advirtió que la hija de la accionante no cumple con los criterios para ser beneficiaria de las vacunas, pues no se encuentra en riesgo de padecer enfermedades respiratorias pese al concepto del médico legista el cual se basó en el dicho de la madre de la menor.

7. La Corte reitera que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños y niñas son fundamentales. Por consiguiente, el amparo que en esta oportunidad demanda la menor María del Mar Mora Mondragón, por intermedio de su señora madre, exige la protección inmediata por parte del juez constitucional.

No obstante, para conceder el amparo es necesario cumplir con las reglas jurisprudenciales expuestas. Al respecto, la Sala, atendiendo al criterio de especialidad, aplicará las reglas sobre vacunas al caso concreto presentadas en el numeral 4.2. y no las relacionadas con el suministro de servicios médicos no incluidos en el POS expuestas en el numeral 4.1., puesto que estas últimas son más generales.

Así, el primer requisito que debe acreditar la accionante respecto a la menor es que exista un riesgo especial y real de contraer la enfermedad. En el caso objeto de estudio este riesgo se circunscribirá a determinar el contagio de la enfermedad por neumococo dado que ha cesado la oportunidad para aplicar la vacuna del rotavirus, razón por la cual la accionante desistió de esta pretensión.

La accionante manifiesta que la negativa de la EPS de suministrar la vacuna constituye un

desconocimiento de la Ley 1373 de 2010, así como una amenaza para el desarrollo integral de la menor en vulneración de los derechos de los niños, en especial la salud. Por su parte, la EPS descarta la necesidad de la vacuna según la historia clínica de la menor porque la niña es considerada sana y no presenta factores de riesgo o bajo peso. Este concepto, parece entrar en contradicción con la conclusión presentada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses luego de la valoración de la menor, durante el trámite de la acción de tutela. De hecho, apegada a este concepto la accionante sustentó la impugnación presentada contra la decisión de primera instancia.

No obstante, para la Corte es claro que el concepto médico legal establece la pertinencia de la vacuna del neumococo teniendo en cuenta que aún es oportuna la aplicación de la misma, es decir, que la menor aún se encuentra en tiempo de recibir esta vacunación, circunstancia que no acontece, como se explicó, con la vacuna del rotavirus la cual debe administrarse antes de los 6 meses de vida. Entonces, como la hija de la accionante tiene en la actualidad tres años, el médico forense estimó que ya no era útil la aplicación de la vacuna del rotavirus pero que la niña tendría indicación para la vacuna contra el neumococo.

Dicha indicación se sustenta textualmente en la siguiente expresión: “mas a un (sic) teniendo antecedentes de infecciones respiratorias recurrentes”. Así, a pesar de existir un aval temporal para la aplicación de la vacuna del neumococo, lo cierto es que el argumento presentado para fundamentar la necesidad de la vacuna no es comprobable fácticamente. En contraste, la EPS accionada: (i) aporta la historia clínica de la menor en la cual no se registran antecedentes de enfermedades respiratorias o patológicos⁹; (ii) remite la valoración médica realizada a la niña luego de la solicitud de las vacunas en la que se determina su buen estado de salud¹⁰; y (iii) existe disposición para efectuar una nueva evaluación médica de la niña de cambiar su estado de salud.

Por consiguiente, a juicio de la Sala no se encuentra acreditado en el expediente la necesidad de la menor para acceder a la vacuna. En efecto, María del Mar Mora Mondragón no presenta un riesgo especial y real de contraer la enfermedad que previene la vacuna del neumococo. Por el contrario, la menor ha sido valorada por el médico tratante de la EPS como una niña sana.

8. Ahora bien, la accionante afirma que la solicitud de las vacunas no tiene un fundamento

exclusivo en los derechos y bienestar de su menor hija sino que se encuentra relacionada con el cumplimiento de la Ley 1373 de 2010. Ciertamente, la mencionada ley dispone:

“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, es preciso tener en cuenta que la misma ley establece que la inclusión de las vacunas del rotavirus y el neumococo en el PAI, se hará conforme a la regulación gubernamental, de forma gradual y atendiendo a criterios de prevalencia, de efectividad sanitaria y presupuestales. En esa medida, bajo los parámetros descritos tampoco se puede obligar a la EPS accionada a cumplir la citada ley.

9. En consecuencia, para el caso objeto de estudio no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para acceder a las vacunas ni existe el incumplimiento de un mandato legal por parte de COOMEVA EPS. Por tanto, los derechos fundamentales de la menor María del Mar Mora Mondragón no han sido violados ni se encuentran amenazados por la EPS accionada.

10. En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo, que confirmó la decisión del Juzgado Primero Penal Municipal de Roldanillo, mediante la cual se denegó la acción de tutela promovida por la señora Maite Mondragón Arcila en representación de su menor hija María del Mar Mora Mondragón.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena 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 Penal del Circuito de Roldanillo, que confirmó la decisión del Juzgado Primero Penal Municipal de Roldanillo, mediante la cual se denegó la acción de tutela promovida por la señora Maite Mondragón Arcila, en representación de su menor hija María del Mar Mora Mondragón, contra COOMEVA EPS.

Segundo: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

María Victoria Calle Correa

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La menor nació el 27 de septiembre de 2007.

2 Folios 29 y 30 del cuaderno 1 del expediente.

4 Folio 45 del cuaderno 1 del expediente.

5 Sobre el desarrollo jurisprudencial de estos derechos, pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-819 de 1999, T-1279 de 2001, T-1314 de 2005, T-270 de 2007, T-862 de 2007, T-212 de 2008, T-604 de 2008, T-760 de 2008, T-346 de 2009 y T-371 de 2010.

6 Estos requisitos son: “i) la falta del medicamento o procedimiento amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna; ii) el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que aquel; iii) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y iv) estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.”

7 Al respecto, en esa oportunidad reiteró que la acción de tutela es improcedente frente a hechos futuros e inciertos.

8 Folio 45 del cuaderno 1 del expediente.

9 Folio 10 del expediente.

10 Ibídem.