Sentencia T-965/10

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Protección

SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES DISPUESTAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA ORDENAR EL SUMINISTRO DE VACUNAS EXCLUIDAS DEL P.O.S Y P.A.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Obligación de la EPS de suministrar las vacunas contra la hepatitis A y el neumococo

ACCION DE TUTELA-Orden a EPS COMFENALCO de proveer vacunas contra la hepatitis A y el neumococo teniendo en cuenta valoración de médico tratante sobre la cantidad de dosis requeridas y el momento oportuno para su aplicación

Referencia: expedientes T-2703559, T-2745409 y T-2750247 acumulados.

Acciones de tutela promovidas por:

Yuly Estefany Viáfara Ocampo, actuando en representación de su menor hijo Santiago Figueroa Viáfara, contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- (Exp. T-2745409).

Jennifer Ascencio Iguabita, quien representa los intereses de su menor hijo Yazid Emir Niño Ascencio, contra SaludCoop E.P.S. (Exp. T-2750247).

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Colaboró: Fernando Alberto Rey Cruz.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENÁO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

1. Expediente T-2703559.

La señora Yamiliny Panesso Galeano impetró acción de tutela en representación de su menor hija Valeria Bernal Panesso, contra la E.P.S. COMFENALCO de Antioquia, con el fin de que sea protegido el derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida, vulneración al parecer derivada de la falta de suministro de algunas vacunas que se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud -P.O.S.-. Los hechos de la demanda de tutela pueden resumirse así:

a. Afirma la demandante que se encuentra afiliada como cotizante a la E.P.S. accionada desde hace aproximadamente 10 años, encontrándose dentro de su núcleo familiar la menor Valeria Bernal Panesso como beneficiaria.

b. Refiere que la menor requiere 4 dosis de neumococo, 2 de hepatitis, 1 de varicela y 2 antigripales, las cuales no fueron autorizadas por la E.P.S. accionada bajo la consideración de que se encuentran excluidas del P.O.S.

c. Por último, hace referencia a las afecciones que pueden ser adquiridas con cada una de las mencionadas enfermedades y enfatiza sobre la primacía de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás.

Pretensión.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta, la demandante pretende que el juez constitucional autorice a la menor Valeria, el suministro y pago de las vacunas de neumococo, varicela, hepatitis y antigripales, en las dosis indicadas en precedencia.

Pruebas que reposan en el expediente.

– Carné de vacunación de la menor (folio 5 del cuaderno N° 1).

– Certificación expedida por la Notaría 24 del Círculo de Medellín que da cuenta del parentesco existente entre la accionante y la menor Valeria Bernal Panesso (folio 6 ibíd.).

– Cédula de ciudadanía y carné que acredita a la demandante como cotizante de la E.P.S. COMFENALCO de Antioquia (folio 7 ibíd.).

– Comprobante de pago N° 1363531 (folio 12 ibíd.).

Diligencia de ampliación de la solicitud de tutela.

El 4 de mayo de 2010, la demandante puso de presente ante el fallador de primera instancia que 2 meses antes de impetrar la solicitud de amparo constitucional, el médico pediatra encontró en buen estado de salud a la niña, aunque recomendó verbalmente aplicar las vacunas referidas, teniendo en cuenta que a los 15 días del alumbramiento había sido tratada para erradicar una bacteria.

De igual forma, sostiene que según le indicaron en la I.P.S. Biosigno, las vacunas solamente podían ser suministradas a los niños “que tuvieran bajo peso”1, supuesto en el que no se encontraba su hija. Manifiesta además no tener capacidad económica y que el costo de los insumos solicitados asciende a la suma de $ 400.000¨.

Intervención de la parte pasiva.

Mediante apoderado especial en escrito del 3 de mayo de 2010, la entidad demandada solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, por considerar que no ha infligido actuación alguna violatoria de derechos fundamentales. Sin embargo, estimó que en caso de que sea admitido el amparo deprecado, es necesario autorizar el recobro ante el

FOSYGA.

Así las cosas, advirtió que las vacunas solicitadas no han sido prescritas por un médico tratante de conformidad con lo establecido en la Resolución N° 3099 de 2008 (Art. 7°), las cuales “a primera vista” no se encuentran incluidas en el P.O.S., echándose igualmente de menos las condiciones actuales de salud de la menor que den al traste para autorizar los insumos solicitados por el Comité Técnico Científico, previa solicitud debidamente sustentada que debe efectuar el médico tratante.

En este contexto, puso de presente que en el pasado reciente ha sido autorizado el suministro de vacunas excluidas del P.O.S., a través de éste último organismo, “situación que no se presenta en la actualidad, donde la accionante pretende los servicios de que se trata, sin allegar la solicitud de servicios NO POS, lo que a su vez hemos verificado en nuestra base de datos arrojando como resultado que no existe petición alguna de medicamento NO POS ante el CTC.”3 De esta manera, invitó a la peticionaria “a acercarse a nuestra sede de atención al usuario, con la solicitud de atenciones NO POS debidamente diligenciada (…), a tramitar a través del Comité Técnico Científico su pretensión en salud.”4

Por último, hizo referencia a las condiciones de exigibilidad del tratamiento integral, el cual en todo caso está condicionado a la cobertura del P.O.S. y a los servicios que requiera el paciente “siempre y cuando estén relacionados con la patología que padece, lo que permite hacer estimaciones objetivas, reales, ciertas y actuales, y no meras presunciones o expectativas de probables trastornos de salud”5. Así mismo, indicó que cuando se trata de servicios médicos excluidos del plan básico, es necesario constatar, a manera de ejemplo, las condiciones económicas del solicitante.

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Treinta y Nueve Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías en decisión del 10 de mayo de 2010, declaró la improcedencia de la acción de amparo constitucional promovida por la demandante en representación de su menor hija.

Así las cosas, aludió a la fundamentalidad de los derechos de los niños y a su exigibilidad de manera autónoma a través de la acción de tutela para, enseguida, hacer referencia a las subreglas establecidas en la jurisprudencia constitucional para alcanzar el suministro de vacunas que no estén contenidas en el P.O.S.

De esta manera, consideró que las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional no están dadas en esta ocasión, en tanto (i) no existe un riesgo actual e inminente de contraer las enfermedades que busca contrarrestar las vacunas pedidas, pues “no se tiene probado ni se evidencia que la niña VALERIA presente alguna enfermedad o se encuentre sometida actualmente a tratamientos médicos y menos aún que padezca enfermedades que pongan en riesgo su salud”; (ii) si bien la actora no cuenta con los medios económicos para sufragar el esquema de vacunación pedido, “la evaluación de este requisito depende de la presencia del primero” y (iii) las vacunas no fueron prescritas por un médico tratante adscrito a la E.P.S., ni tampoco fueron negadas en ejercicio del derecho de petición.

En ese orden de ideas, reconoció que pese a la condición de sujeto de especial protección constitucional de la menor Valeria, no están cumplidos los requisitos para acceder al amparo solicitado, “decisión que no obedece a un actuar caprichoso o desconocedor de las garantías constitucionales, sino al análisis realizado en el marco de los pronunciamientos de la Corte Constitucional”6. Sin embargo, instó a la demandante para que acudiera al médico tratante de la E.P.S., con el fin de que evalúe la necesidad de suministrar las vacunas solicitadas y, efectúe de ser el caso por intermedio de la demandada, el trámite respectivo ante el Comité Técnico Científico.

Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín confirmó la decisión impugnada el 26 de mayo de 2010, esgrimiendo los mismos argumentos dados por el ad quem. Con todo, concluyó que la negativa de suministrar las vacunas solicitadas no evidencia una afectación grave e inminente de los derechos fundamentales de la menor, teniendo en cuenta que no fueron ordenadas por un médico tratante adscrito a la E.P.S., así como tampoco se encuentran comprometidos los derechos de la menor, razones suficientes para concluir que la actuación de COMFENALCO de Antioquia se encuentra ajustada al marco legal y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2. Expediente T-2745409.

La señora Yuli Estefany Viáfara Ocampo, en representación de su hijo menor de edad Santiago Figueroa Viáfara, promovió acción tutelar contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -SOS-, con el fin de que sean restablecidos los derechos fundamentales a la vida y a la salud, vulnerados al parecer por la falta de suministro de la vacuna de neumococo, para prevenir las enfermedades de neumonía, otitis, meningitis y septicemia.

Pruebas que reposan en el expediente.

– Cédula de ciudadanía de la actora (folio 1 del cuaderno inicial).

– Registro civil de nacimiento de Santiago Figueroa Viáfara (folio 2 ibídem).

Intervención de la parte pasiva.

En escrito del 22 de junio de 2010, la E.P.S. demandada estimó que el amparo deprecado no debe ser concedido, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales del menor Santiago, no han sido vulnerados.

En ese orden de ideas, hizo referencia a la modificación legislativa efectuada al Programa Ampliado de Inmunizaciones -P.A.I.-, mediante la cual fue incorporada la vacuna de neumococo que, en los términos del acuerdo N° 335 de 2006, debe ser suministrada a los 2, 4 y 6 meses de edad, en zonas endémicas como el Cauca, Chocó, San Andrés, población indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta y población en riesgo inmunocomprometidos, cardiopatías congénitas, broncopatías crónicas en tratamiento con corticoesteroides y con bajo peso al nacer.

De otra parte, puso de presente que la vacuna solicitada no fue prescrita por un medico

tratante vinculado a la E.P.S., lo cual fue corroborado en la historia clínica del menor, permitiendo colegir de manera obvia que no ha existido ninguna negativa en el suministro de la vacuna de neumococo, razón por la cual el costo económico debe ser asumido por su progenitora.

Para terminar, aludió a los ámbitos de acción previstos en la Resolución N° 5261 de 1994 para el médico general y especializado, así como lo relativo a las condiciones de acceso a los servicios de salud. De igual forma, recordó las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las normas relativas al P.O.S., para concluir que no se cumplen en esta oportunidad.

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social solicitó denegar las pretensiones formuladas en la petición tutelar, en lo que a ese organismo o al FOSYGA se refiere.

De otra parte, indicó que mediante Acuerdo N° 406 de 2009 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud amplió la cobertura de la vacuna de neumococo (i) a todos los niños nacidos a partir del 1° de enero de 2009 en los departamentos de Caquetá, Amazonas, Cauca, Vichada, Guainía, Archipiélago de San Andrés y Providencia, Chocó, Putumayo, Guaviare y Vaupés y la población indígena en la zona de la Sierra Nevada de Santa Marta; (ii) a todos los menores que nazcan con un peso igual o menor a 2500 gramos en el territorio nacional; (iii) a todos los menores de 3 años en el territorio nacional con patologías que incrementen el riesgo de enfermar y morir por neumococo; (iv) serán beneficiarios del P.A.I. los menores que se encuentren afiliados tanto a los regímenes contributivo, subsidiado y especiales, así como los que se encuentren vinculados al sistema de salud; (v) dependiendo la edad del menor, el esquema autorizado para la vacuna de neumococo es: tres dosis para los menores de 11 meses, una a los 2 meses, la segunda a los 4 meses y la tercera a los 12 meses; para los niños de 11 a 23 meses, deben ser suministradas dos dosis con 2 meses de diferencia; para los niños mayores de 23 meses, una dosis.

Del mismo modo, señaló que la vacuna contra el rotavirus se encuentra incluida en el P.A.I. desde el 1° de enero de 2009, la cual debe administrarse según los lineamientos fijados por el ministerio.

También refirió que la Ley 1373 de 2010 dispuso la actualización del P.A.I. y la inclusión gradual de las vacunas de rotavirus y neumococo, en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal. Sin embargo, precisó que al haber sido aprobado el presupuesto para la actual vigencia fiscal antes de que empezara a regir el citado marco normativo, “en él no se contemplaron los recursos para garantizar la gratuidad de la aplicación de esta vacuna.”8

En ese contexto, estimó que el ministerio ha actuado en concordancia con lo establecido en dicha normativa, en la medida en que actualizó el esquema de vacunación del P.A.I. e introdujo de manera universal la vacuna del rotavirus y gradualmente la de neumococo.

Concluyó indicando que “continuará trabajando de la mano con el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el cumplimiento de los objetivos del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI) y en particular de la ley 1373 de 2010. En la medida en que se continúe con la ampliación gradual de la cobertura de la vacuna contra el neumococo el Ministerio de la Protección Social, realizará el proceso para proveerla, como lo

hace regularmente con el resto de las vacunas del Programa Ampliado de Inmunizaciones. Igualmente se informará debidamente a los usuarios para que asistan a los puntos de vacunación para garantizar la ampliación de ésta vacuna a cada uno de los menores que sean objeto de la misma.”9

Decisión judicial objeto de revisión.

El Juzgado Veintidós Civil Municipal de Cali en sentencia del 25 de junio de 2010, no tuteló el derecho fundamental del menor Santiago Figueroa Viáfara, bajo la consideración de que no se encuentran cumplidos los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

En efecto, el fallador sostuvo “que no se encuentra demostrado que la falta de aplicación de las vacunas solicitadas implique un riesgo real y cierto para la salud de menor”10, a lo que se suma la inexistencia de prescripción médica por parte de un facultativo adscrito a la E.P.S.

3. Expediente T-2750247.

La señora Jennifer Ascencio Iguabita, quien representa los derechos e intereses de su hijo menor Yazid Emir Niño Ascencio, incoó acción de tutela contra SaludCoop E.P.S., con el fin de que sean amparados los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y al bienestar social, vulnerados supuestamente con ocasión de la negación de la vacuna de neumococo “indispensable para preservar la salud y la vida del menor”11, en tanto no se encuentra incluida en el P.O.S. Los hechos en los que se apoya la acción de amparo constitucional, pueden resumirse así:

a. Asevera la actora que su hijo Yazid Emir nació el 7 de enero de 2010.

b. Indica que tan pronto su hijo cumplió 2 meses de edad, acudió a la E.P.S. demandada con el fin de que le fuera suministrada la vacuna contra el neumococo, a lo cual SaludCoop no accedió argumentando que se encontraba excluida del P.O.S., debido a su alto costo. Así mismo, sostuvo que la única posibilidad de suministrarla sin costo alguno, según lo informado por la demandada, es cuando se trata de niños o niñas nacidos con bajo peso, con insuficiencia respiratoria o cardiaca o cuando son prematuros.

c. Para terminar, sostiene que estando a poco menos de un mes para aplicar la segunda dosis de la vacuna requerida, no ha recibido la primera, razón por la cual acude a este mecanismo constitucional para que la demandada asuma “a su costa las vacunas ya citadas y así evitar que los derechos fundamentales (…) sigan siendo violados o puestos en peligro”12

Pretensiones.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta, la demandante pide la protección de los derechos fundamentales de su menor hijo a la vida, a la integridad personal, a la salud, al bienestar y aquellos contenidos en el artículo 44 Superior, ordenando en consecuencia a SaludCoop E.P.S. el suministro a su costa de la vacuna de neumococo, hasta completar la totalidad de las dosis que sean dispuestas por el médico tratante. Así mismo, que la E.P.S. demandada repita ante el FOSYGA por los costos que no estén incluidos en el P.O.S.

Pruebas que reposan en el expediente.

– Registro civil de nacimiento N° 42114239 del menor Yazid Emir Niño Ascencio (folio 5 del cuaderno inicial).

– Carné de vacunación del menor (folio 6 ibídem).

Intervención de la parte pasiva.

La gerente de SaludCoop E.P.S., regional Santander, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela promovida por la señora Jennifer Ascencio Iguabita, en representación de su hijo menor de edad Yazid Emir Niño Ascencio13, quien "se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo (…) en calidad de beneficiario, desde el ocho (8) de enero de 2010"14, por considerar que la vacuna de neumococo solicitada no fue prescrita por un médico tratante adscrito a la E.P.S., lo cual desconoce la subregla dispuesta en la jurisprudencia constitucional.

A su turno, el Ministerio de la Protección Social apoyándose en la misma argumentación del escrito de contestación de la acción de tutela de Yuli Estefany Viáfara Ocampo (T-2745409), solicitó que las pretensiones fueran denegadas.

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Sentencia de primera instancia.

El 28 de abril de 2010, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, declaró la improcedencia de la acción de tutela incoada, teniendo en cuenta que no está acreditado por parte de un médico tratante adscrito a la E.P.S. accionada, que el menor requiere la vacuna de neumococo, ni tampoco está demostrado que se encuentra en alguno de los supuestos descritos en el Acuerdo 406 de 2009 proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Sentencia de segunda instancia.

De igual forma, estimó que no está demostrada la falta de recursos económicos para asumir el costo de la vacuna solicitada en este escenario constitucional y, más aún, a diferencia de los precedentes jurisprudenciales en los que ha sido concedido el amparo solicitado, "no está demostrado que la falta de aplicación de la vacuna (…) implique un riesgo real y cierto para la salud del menor."16

Tramite ante la Corte Constitucional.

Efectuada la selección de los casos y dispuesta su acumulación por la Sala de Revisión, en tanto presentan unidad de materia, el Magistrado Sustanciador en proveídos del 11 de agosto y 8 de septiembre de 2010, dispuso oficiar tanto a los demandantes como a las E.P.S. demandadas, para que complementaran la información contenida en los expedientes, con el fin de adoptar la respectiva decisión de mérito.

Por resultar metodológicamente más adecuado, la Sala hará referencia a cada una de las

pruebas allegadas al momento de estudiar los casos concretos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia de los casos por las Salas de Selección.

Problema jurídico.

Debe determinar la Sala Tercera de Revisión si los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la niña Valeria Bernal Panesso y los niños Santiago Figueroa Viáfara y Yazid Emir Niño Ascencio, quienes actúan por intermedio de sus progenitoras, fueron vulnerados por las E.P.S. demandadas al no suministrar las vacunas que al parecer requieren con necesidad.

Con el fin de resolver el citado problema jurídico, este Tribunal hará referencia (i) al carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas; (ii) a las subreglas jurisprudenciales dispuestas por la Corte Constitucional para ordenar el suministro de vacunas excluidas del P.O.S. y P.A.I.; y (iii) estudiará los casos concretos.

Carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas. Reiteración de jurisprudencia.

1. Esta Corporación a partir de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución17, ha dispuesto en innumerables pronunciamientos18, que el derecho a la salud para los niños y las niñas ostenta el carácter de fundamental autónomo19. Así mismo, ha caracterizado a este sector poblacional como sujetos de especial protección constitucional, dada su especial condición de vulnerabilidad (Art. 13 de la Constitución) y ha destacado la protección reforzada de la que son titulares.

2. De igual manera, este Tribunal ha puesto de presente el amparo prodigado por algunos instrumentos internacionales a los niños y las niñas. Tal es el caso, de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño20.

3. Dentro de este contexto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que “el derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás. Esta regla encuentra su fundamento en el artículo 44 de la Constitución que señala expresamente: ‘Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (…). La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (…) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás’. También el artículo 13 ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.”21

Del mismo modo, en sentencia T-760 de 2008 la Corte sostuvo:

“La Constitución Política, para proteger a los menores, reconoce a sus derechos categoría y valor especiales. Por una parte se considera que son fundamentales, lo cual afecta tanto el contenido del derecho como los mecanismos aceptados para reclamar su protección. Por otra parte se les otorga especial valor al indicar que ‘los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás’ (art. 44 CP). Concretamente, se reconoce su derecho fundamental a la salud. Las medidas de protección especial que se debe a los menores deben tener por finalidad garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos.’ El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.”

4. Finalmente, este órgano colegiado ha considerado en innumerables pronunciamientos que la procedencia de la acción de tutela para garantizar la efectividad del derecho a la salud de los niños y niñas, no puede estar condicionada al criterio de conexidad con otros derechos fundamentales como la vida o la integridad personal, en tanto se trata de una garantía individual autónoma. En consecuencia, es suficiente que el juez constitucional constate la existencia de una situación que la amenace o vulnere, para disponer las medidas de protección que estime necesarias con el fin de lograr su restablecimiento22.

Subreglas jurisprudenciales dispuestas por la Corte Constitucional para ordenar el suministro de vacunas excluidas del P.O.S. y P.A.I.23.

1. De tiempo atrás, la Corte ha establecido unos requisitos encaminados a que los jueces constitucionales ordenen por vía de tutela el suministro de vacunas que no se encuentran incluidas en el P.O.S. o en el P.A.I.24, lo cual implica que frente a la amenaza o vulneración inminente de derechos fundamentales de niños y niñas, se impone la inaplicación de sus contenidos.

El establecimiento de dichas reglamentaciones, se justifica en la medida en que la escasez de recursos que caracteriza nuestro país, no hace viable la inclusión de todos y cada uno de los medicamentos, procedimientos o tratamientos, razón por la cual en principio son justificables algunas exclusiones, con el fin de hacer viable la sostenibilidad del sistema general de seguridad social en salud.

De esta manera, la Corte en no pocas oportunidades ha ordenado el suministro de esquemas de vacunación que han requerido niños o niñas, luego de encontrar que la circunstancia de que no estén incluidos en el P.O.S. o en el P.A.I., no es un principio de razón suficiente para sucumbir en la protección de sus derechos fundamentales.

2. Así por ejemplo, en sentencia T-270 de 2003, se analizó el caso de una niña a la que se le diagnosticó asma y el médico tratante le había prescrito la aplicación de vacunas contra la influenza y el neumococo, tratamiento que resultó negado por la correspondiente E.P.S., por tratarse de insumos no incluidos en el P.O.S., ni dentro de los programas de promoción y prevención que tenía el Gobierno establecido para cada zona del país. En aquella

oportunidad, la Corte encontró que la salud de la menor estaba en inminente riesgo, razón por la cual ordenó el suministro de las citadas vacunas.

De igual manera, en sentencia T-1211 de 2004, este órgano colegiado protegió los derechos fundamentales de un niño que después de padecer bronqueolitis, neumonía viral y bacteriana, quedó con una alta propensión a contraer enfermedades respiratorias, razón por la cual según lo prescrito por el médico tratante requería el suministro de las vacunas contra el neumococo y el virus sincitial respiratorio.

En igual sentido, en sentencia T-903 de 2005, esta Corporación accedió al amparo constitucional de un menor recién nacido, al que le diagnosticaron bronconeumonía y le recetaran la vacuna antineumocócica, la cual fue negada por la E.P.S. bajo la consideración de que se encontraba excluida del P.O.S. y que la vida del menor no corría peligro.

También en sentencia T-492 de 2007, la Corte estudió el caso de un niño de 4 años de edad, a quien se le diagnosticó un tumor del encéfalo supratentorial y diabetes insípida, ordenando en consecuencia el suministro del medicamento hidrocortisona 10 mg y las vacunas antigripal, antihepatitis A, neumocócica y varicela, las cuales fueron negadas por la E.P.S. por encontrarse excluidas del P.O.S., a pesar de que fueron ordenadas por su médico tratante. Igualmente, esta Corporación encontró que la entidad demandada omitió efectuar el respectivo trámite ante el Comité Técnico Científico.

Así mismo, en sentencia T-321 de 2008 accedió a la protección de los derechos fundamentales de una menor recién nacida, bajo la consideración de que si bien no se encontraba en riesgo su salud, razones elementales de igualdad material imponían garantizar la protección de sus derechos, dado que la Constitución no establece ningún tipo de distinción. En aquella oportunidad, este Tribunal señaló que "[s]i bien las vacunas sirven para prevenir muchas enfermedades, y es innegable también que el suministro de estas debe hacer[se] de manera prioritaria a grupos poblacionales específicos, ya sea por su mayor vulnerabilidad o por corresponder a grupos humanos ubicados en zonas del país en donde son mayores los riesgos de contagio, ello no puede suponer que las personas que no se encuentren en alguna de las anteriores circunstancias, deban entonces ser excluidas de la atención preventiva y quedar expuestas en consecuencia, a las enfermedades que se quieren prevenir con la aplicación de tales vacunas."

3. Ahora bien, este Tribunal en sentencia T-977 de 2006, luego de valorar dictámenes rendidos por universidades y autoridades públicas en relación con las vacunas contra la hepatitis A aventis, meningococo, neumococo y varicela, concluyó que (i) las tradicionales reglas jurisprudenciales dispuestas por la Corte para que los jueces constitucionales determinen la procedencia del suministro de vacunas excluidas del P.O.S. por vía de tutela, "deben ser entendidas en las circunstancias del caso concreto, lo cual conlleva a examinar la presencia en el país de la enfermedad que se pretende evitar; la gravedad, características y efectos que la misma produce en los niños; la justificación, en términos constitucionales, de la exclusión de determinada vacuna del POS, al igual que la inminencia del riesgo a contraer la enfermedad por parte de los accionantes"; (ii) no existen razones constitucionales para que la vacuna contra la hepatitis A, se encuentre excluida del P.O.S., en tanto "se trata de una enfermedad que presenta un carácter endémico en Colombia con una incidencia de 50

personas por cada 100.000 habitantes; que afecta a las poblaciones más pobres que se encuentran en municipios carentes de agua potable; algunos expertos estiman que más del 50% de la población infantil en nuestro país puede ser seropositivos, tratándose de una enfermedad que puede llevar a la muerte a niños que padezcan enfermedades hepáticas"; (iii) en lo concerniente a las vacunas contra el neumococo, la varicela y el meningococo, sostuvo que no se trata de enfermedades endémicas en Colombia, en la medida en que no ofrecen una alta morbimortalidad. Sin embargo, precisó que lo deseable en virtud del principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales es efectuar su inclusión de manera paulatina en el P.O.S. Por tal razón, la procedencia de la acción de tutela en este contexto está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional:

i. Que exista un riesgo especial y real de contraer la enfermedad;

i. Que los padres no cuenten con capacidad de pago;

i. Que la vacuna haya sido prescrita por el médico tratante o la E.P.S. se haya negado a suministrarla por vía de un derecho de petición.

4. No obstante, pasados 4 años desde aquél pronunciamiento, la situación en torno al suministro de la vacuna para contrarrestar la hepatitis A sigue siendo la misma, en tanto el Ministerio de la Protección Social con ocasión de las pruebas solicitadas en sede de revisión, puso de presente que no ha sido incluida en el P.O.S. o en el P.A.I. (folio 71 de cuaderno de revisión), lo cual para la Corte puede llegar a convertirse en un problema de salud pública que no puede pasar desapercibido para el juez constitucional, en la medida en que científicamente está demostrado que los niveles de riesgo para adquirir la enfermedad son muy altos, así como los índices de mortalidad, especialmente en determinadas zonas del país.

Entonces, condicionar o sujetar su inclusión en el esquema de vacunación que debe ofrecer gratuitamente el Estado, a razones de naturaleza presupuestal o administrativa, es tanto como deponer la protección especial que la Constitución ha prodigado a los menores de edad, más aún cuando ha transcurrido un plazo razonable en el que el Estado ha podido desplegar ingentes esfuerzos para apropiar las partidas presupuestales necesarias, con el fin de garantizar la cobertura universal. Así las cosas, en virtud del principio de progresividad de los derechos económicos, las entidades prestadoras de salud, cualquiera sea el régimen en el que se encuentren los afiliados, incluidos los regímenes especiales, bajo ninguna consideración podrán abstenerse de suministrar a niños o niñas la vacuna contra la hepatitis A, siempre y cuando haya sido prescrita por un médico adscrito a la respectiva E.P.S.

5. Adicionalmente, de manera reciente el Congreso de la República dictó la Ley 1373 de 2010 "Por la cual se garantiza la vacunación gratuita y obligatoria a toda la población colombiana,

objeto de la misma, y se actualiza el Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI)", marco normativo que ordenó al Gobierno Nacional garantizar la vacunación gratuita y obligatoria a toda la población infantil de cero (0) a cinco (5) años, para lo cual deberá tomar las medidas presupuestales necesarias (Art. 1°). Así mismo, dispuso que a partir de la vigencia de la ley, el Ministerio de la Protección Social actualizara el P.A.I. con las vacunas de rotavirus y neumococo en el plan básico de vacunación gratuita de manera universal. En todo caso, la cobertura universal para el neumococo se hará de manera gradual, atendiendo, entre otros, criterios de prevalencia y costo efectividad sanitaria y la concordancia con el marco de gastos de mediano plazo (Art. 2°).

Dentro de las razones argüidas en la exposición de motivos del proyecto de ley, para incluir la vacuna contra el neumococo en el P.A.I., pueden resaltarse las siguientes:

* A pesar de que el beneficio de la vacunación gratuita contra el neumococo se ha extendido para niños y niñas que se encuentren bajo determinadas características, es necesario ampliarla a todos los menores de 5 años, teniendo en cuenta que Colombia es uno de los países de la Región Andina donde se está propagando la bacteria, mientras que territorios vecinos como Venezuela, Panamá y Perú ya van adelante para anunciarla como obligatoria en sus regímenes de salud.

* La Organización Mundial de la Salud ha recomendado la rápida inclusión de las vacunas contra el neumococo y el rotavirus, en los programas nacionales de inmunización de los países en vías de desarrollo.

* La Organización Panamericana de la Salud estima que en los países latinoamericanos y del Caribe se producen 2 muertes cada hora por enfermedades producidas por la bacteria neumococo, siendo las enfermedades por neumococo la principal causa de mortalidad prevenible con vacunación en la región. Se calcula que esta bacteria produce el 50% de todas las muertes en niños y niñas menores de 5 años.

* Según un estudio efectuado por Fedesarrollo, la mortalidad por IRA (infección respiratoria aguda) y neumonía, son la principal causa de mortalidad prevenible en el país, razón por la cual la vacunación contra el neumococo sería una estrategia importante para la disminución de la mortalidad. Así mismo, la vacuna actualmente disponible para los niños y niñas contra el neumococo, no solo es altamente costo-efectiva, sino que también lo sería en un panorama proyectado a cinco años, pues produciría ahorros para el sistema de salud en Colombia, teniendo en cuenta que evitaría 1.060 casos de meningitis, 298 casos de sepsis: síndrome de respuesta inflamatoria sistémica; 7.65898 (sic) casos de neumonía y 224.977 casos de otitis. Se estima que en Colombia de 200.000 casos de neumonía el 40% ha sido causado por neumococo, de ahí la importancia de prevenirla con vacunación y no con el uso de antibióticos que en muchos casos lo que generan es una bacteria resistente a ellos.

* El neumococo es una bacteria que representa una grave amenaza para niños y niñas menores de 5 años, es contagiosa, se esparce fácilmente en el aire, puede transmitirse de un niño a otro sin que se detecte su presencia y ser causante de septicemia, neumonía, meningitis y otitis media, entre otras. Existen cálculos que sugieren que en el mundo mueren cada año alrededor de 700.000 niños a causa del neumococo convirtiéndose con esto en la primera causa de mortalidad infantil siendo esta una enfermedad prevenible a través de la vacunación oportuna.

* Según el Instituto Nacional de Salud, en Colombia se presentan anualmente 42.000 casos de neumonía, 2.500 casos de meningitis y 2.000 muertes, lo cual representa enormes costos tanto para las familias como para las instituciones y para el sistema de salud del país. La atención de un solo caso de meningitis tiene un costo promedio de $ 3.600.000¨, presentando igualmente una letalidad del 50% en la región y una tasa de secuelas en los niños que sobreviven del 30%.

* En Colombia mueren cada día entre 3 y 4 niños por enfermedades causadas por el neumococo. Diariamente son atendidos cerca de 39 niños y niñas por neumonías causadas por esta bacteria y son hospitalizados cerca de 18 niños por la misma causa.

6. De esta manera, el Ministerio de la Protección Social con el fin de darle continuidad a la ampliación progresiva del P.A.I., dictó la Resolución N° 1736 de 2010, aumentando la cobertura de vacunación contra el neumococo dispuesta en el Acuerdo N° 406 de 2009, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Sobre el particular, la citada resolución sostuvo:

“ARTÍCULO 3°. CRITERIOS DE ASIGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS RECURSOS. Para la ejecución de los recursos asignados en la presente resolución, se priorizará la vacunación de población infantil atendiendo los siguientes criterios:

1. Todos los niños nacidos a partir del primero de enero de 2010 en los departamentos de Nariño, Magdalena, Bolívar, Atlántico, Córdoba, Sucre, Norte de Santander y Boyacá y en los distritos de Santa Marta y Barranquilla.

2. Todos los niños nacidos a partir del primero de enero de 2009, en los departamentos de Caquetá, Amazonas, Cauca, Vichada, Guainía, San Andrés y Providencia, Chocó, Putumayo, Guaviare y Vaupés y la zona de la Sierra Nevada de Santa Marta.

3. Todos los menores que nazcan con un peso igual o menor a 2.500 gramos en el territorio nacional.

a) Enfermedad de células falciformes, otras falciformias y asplenia;

b) Infección por VIH;

c) Inmunocompromiso por:

i. Inmunodeficiencias congénitas o primarias.

ii. Insuficiencia Renal Crónica o síndrome nefrótico.

iii. Inmunocompromiso por cáncer o por quimio o radioterapia inmunosupresora.

iv. Menores que van a ser transplantados o ya transplantados.

v. Menores que serán sometidos a cirugías del Sistema Nervioso Central.

d) Enfermedades crónicas:

i. Cardiopatía congénita.

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

iii. Fístula de líquido cefalorraquídeo.

iv. Diabetes.

v. Enfermedad hepática crónica.

PARÁGRAFO 1°. Serán beneficiarios del programa todos los menores definidos en los criterios señalados en este artículo sin ninguna excepción; tanto los afiliados al Régimen Contributivo como al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud y a los regímenes especiales, así como a la población infantil pobre no asegurada.

PARÁGRAFO 2°. Con recursos regulares del programa ampliado de inmunizaciones deberán realizarse las siguientes actividades adicionales:

1. Intensificar las acciones de información, asistencia técnica y seguimiento de la ejecución del presente proyecto en los departamentos en los que se universaliza la vacuna.

2. Fortalecer, en caso de ser requerido, la cadena de frío de los departamentos en los que se universaliza la vacuna.

3. Fortalecer la vigilancia en salud pública de la enfermedad neumocócica para evaluar la introducción de esta vacuna en el PAI.

4. Realizar el estudio comparativo de costo-efectividad y factibilidad programática entre la vacuna 10 valente y la 13 valente para identificar la vacuna que se utilizará en la universalización.

5. Presentar al Comité de Análisis y Seguimiento del Presupuesto del Fosyga informes semestrales de la ejecución del presente proyecto.”

7. En suma, (i) en lo que hace referencia con el suministro de la vacuna contra la hepatitis A para los niños y niñas, debe entenderse que se encuentra incluida en los P.O.S., teniendo en cuenta que los niveles de contagio y mortalidad son muy altos; (ii) a partir de la entrada en

vigencia de la Ley 1373 de 2010, la vacuna contra el rotavirus se encuentra incluida en el P.A.I., lo cual significa que cualquier entidad prestadora de salud del país debe suministrarla gratuitamente; (iii) la vacuna contra el neumococo se encuentra igualmente incluida en el P.A.I., pero debe ser proveída de manera gradual. Actualmente, la cobertura y los criterios para que sea proporcionada se encuentran previstos en la Resolución N° 1736 de 2010, proferida por el Ministerio de la Protección Social; (iv) lo deseable es que hacia el futuro sean incluidas vacunas adicionales en los esquemas del P.O.S. y P.A.I., así como en regímenes de salud especiales, lo cual redundaría en garantizar la efectividad de los derechos de los niños y niñas, decisión que hasta tanto no sea adoptada en virtud del principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, obliga a los jueces de tutela a aplicar las subreglas establecidas por el intérprete constitucional, señaladas en precedencia.

Solución de los casos concretos.

Legitimación en la causa por activa en los asuntos objeto de revisión.

La niña Valeria Bernal Panesso (Exp. T-2703559) y los niños Santiago Figueroa Viáfara (Exp. T-2745409) y Yazid Emir Niño Ascencio (Exp. T-2750247), actúan por intermedio de sus progenitoras Yamiliny Panesso Galeano, Yuly Estefany Viáfara Ocampo y Jennifer Ascencio Iguabita, respectivamente, de lo cual dan cuenta los registros civiles con NUIP 1018247239, 1110048578 y 1099743681, en el mismo orden, razón suficiente para concluir que están legitimadas para actuar como representantes legales de sus menores hijos, en virtud de lo establecido en el artículo 306 del Código Civil25, lo cual recaba en el deber constitucional que tiene la familia de asistir y proteger a los niños y las niñas para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio de sus derechos (Art. 44 de la Constitución).

Expediente T-2703559.

1. La pretensión de la demandante está encaminada a que la E.P.S. COMFENALCO de Antioquia suministre a su menor hija Valeria Bernal Panesso que, para el momento de la presentación de la acción de tutela contaba con 5 de meses de edad26, 4 dosis de la vacuna contra el neumococo, 2 contra la hepatitis A, 1 contra la varicela y 2 antigripales. Enseguida, pasará la Corte a corroborar el cumplimiento de los requisitos dispuestos jurisprudencialmente y en consecuencia determinará si accede al amparo constitucional deprecado.

2. Con ocasión de las pruebas solicitadas en el trámite de revisión, la demandada en escrito del 15 de septiembre de 2010, puso de presente que según la información suministrada telefónicamente por la señora María Nora Galeano, la menor presenta buen estado de salud. Así mismo, indicó que verificada la historia clínica el último registro data del 3 de septiembre de 2010, en el que consta que las condiciones de salud de la niña Valeria son óptimas (peso y talla para la edad), con esquema de vacunación completo. Del mismo modo, precisó que no ha sido efectuado requerimiento médico alguno frente a la necesidad de aplicación del esquema de vacunación solicitado y que el riesgo de contraer las enfermedades que busca contrarrestar las vacunas pedidas, es el mismo en el que puede encontrarse toda la población, agregando que el suministro de las vacunas “no garantiza el no adquirir a futuro la enfermedad”27.

Así mismo, indicó que la valoración pediátrica ordenada por este Tribunal a la menor, sería realizada el 20 de septiembre de la misma anualidad, “y apenas se tenga la respuesta de los mismos se remitirá a su despacho”28. Sin embargo, a pesar de que la Corte ofició en dos oportunidades a la E.P.S. demandada, no recibió contestación alguna, desconociendo de esta manera el deber constitucional que tienen las personas de “[c]olaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia” (Art. 95 Superior), omisión injustificada que en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, acarrea responsabilidad. En consecuencia, por intermedio de la Secretaría General se remitirá copia del expediente de tutela a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, inicie la correspondiente investigación disciplinaria contra los funcionarios de la E.P.S. COMFENALCO de Antioquia, encargados de atender los requerimientos que efectuó esta Corporación mediante proveídos del 11 de agosto y 8 de septiembre de 2010 y, de ser el caso, imponga las sanciones a que haya lugar.

3. Por su parte, la demandante indicó que la menor que pretende beneficiarse de la protección constitucional, inició el esquema de vacunación contra el neumococo, con ocasión de la campaña gratuita adelantada por el municipio de Medellín, siendo suministrada por lo pronto la primera dosis. Sin embargo, hizo hincapié en que aún no ha recibido las vacunas para contrarrestar la varicela, la hepatitis A y la influenza.

4. Dentro de este contexto, la Corte encuentra que el amparo constitucional solicitado por la demandante, en representación de su hija menor de edad, debe ser concedido parcialmente, por las siguientes razones:

De otra parte, la Sala acogiendo el criterio garantista y proteccionista dispuesto en la sentencia T-977 de 2006, ordenará que la vacuna contra la hepatitis A sea proporcionada por la E.P.S. demandada, para lo cual previamente deberá efectuarse la correspondiente valoración por un médico tratante adscrito a la entidad, quien deberá indicar la cantidad de dosis requeridas y el momento oportuno para su aplicación a partir de la lex artis.

En relación con las vacunas para la varicela y antigripales, la Corte no encuentra que exista un riesgo inminente de que la menor pueda contraer las enfermedades, a lo que debe agregarse que para el momento en el que fue promovida la acción de tutela la menor no contaba con la edad mínima para acceder a dicha vacunación, pues mientras la vacuna contra la varicela debe suministrarse cuando el niño o la niña cumpla 1 año de edad, lo cual no había ocurrido para el momento de la presentación de la solicitud de tutela, la vacuna contra la influenza solamente puede ser aplicada a partir de los 6 meses de edad.

Sobre el particular, valga recordar que la acción de tutela está instituida como un mecanismo constitucional que tiene por objeto el restablecimiento de derechos fundamentales, cuando quiera que se presenten situaciones de amenaza o vulneración ciertas o inminentes, razón por la cual no puede ser entendida como un dispositivo procesal que tiene la virtualidad de restablecer derechos fundamentales sobre situaciones futuras o inciertas29.

En tercer término, respecto de la vacuna contra la influenza que, sería en últimas la que requiere la menor, su costo tan sólo asciende a la suma de $ 35.000¨, según lo indicado por la E.P.S. demandada (folio 55 del cuaderno de revisión), monto que en virtud del principio constitucional de solidaridad estarían en capacidad de sufragar sus padres, teniendo en

cuenta que los ingresos mensuales del núcleo familiar ascienden a la suma de $ 1’703.000¨, mientras que los egresos dentro del mismo período son de $ 1’670.000¨.

Del mismo modo, cabe destacar que las vacunas solicitadas por la demandante no fueron ordenadas por un médico tratante adscrito a la E.P.S., ni negado el suministro como consecuencia de la presentación de un derecho de petición, ya sea en forma escrita o verbal, lo cual resulta relevante en la medida en que se trata de la opinión científica autorizada que ciertamente no puede ser reemplazada o suplida por el juez de tutela.

Por último, la Corte no puede pasar por alto que en este momento la menor cuenta con un poco más de un año de edad, lo cual le permitiría acceder a la vacuna contra la varicela, razón por la cual la accionante podrá acudir a la E.P.S., con el fin de que le indiquen el procedimiento que debe seguir para que sea suministrada, teniendo la posibilidad de promover en el futuro una nueva acción de tutela siempre y cuando reúna los requisitos dispuestos en la jurisprudencia constitucional señalados supra.

5. Por las razones expuestas, esta Corporación revocará parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín el 26 de mayo de 2010 y, en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la menor Valeria Bernal Panesso, quien está representada por su progenitora la señora Yamiliny Panesso Galeano, únicamente respecto del suministro de las vacunas contra la hepatitis A y el neumococo. Del mismo modo, advertirá a la E.P.S. COMFENALCO de Antioquia que podrá repetir ante el FOSYGA, por el monto total de los costos en los que incurra con ocasión del suministro de las vacunas, teniendo en consideración que no fueron prescritas por un médico tratante adscrito a la entidad de salud, ni adelantado el respectivo trámite ante el CTC.

Expediente T-2745409.

1. El objeto de la acción de tutela promovida por la señora Yuly Estefany Viáfara Ocampo, en representación de su hijo Santiago Figueroa Viáfara que contaba con 3 meses de edad aproximadamente para el momento en el que fue interpuesta30, es que el juez constitucional ordene el suministro de la vacuna contra el neumococo que al parecer requiere el menor, dosis que según lo indicó su progenitora, deben ser aplicadas a los 2, 4, 6 y 18 meses de edad, las cuales no han sido dispensadas en la medida en que “no contamos con los recursos económicos necesarios para poder pagarlas.”31

2. Por su parte, la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -SOS- en respuesta al cuestionario formulado por esta Corporación, indicó que llevada a cabo la valoración pediátrica al menor Santiago, su estado de salud es bueno, no existen antecedentes hospitalarios, quirúrgicos, medicamentosos, patológicos, el esquema de vacunación se encuentra completo para la edad y no existe registro alguno que de cuenta de que la vacuna contra el neumococo ha sido ordenada por un médico adscrito a la entidad. Agregó, que se trata de un paciente asintomático, no tiene ninguna enfermedad de base, su residencia no se encuentra ubicada en zona endémica y que, con todo, no tiene riesgo mayor de adquirir el neumococo al de la población lactante general. Sin embargo, aclaró que a pesar de que presenta una leve resistencia a la abducción de la cadera con asimetría de pliegues, “no tienen injerencia en la evolución del riesgo para neumococo y por ende, requerimiento absoluto de vacunación.”32

De igual manera, puso de presente que no es inminente el suministro de la vacuna contra el neumococo, en la medida en que se trata de un paciente sano, con buenos cuidados, aseo personal, lo cual significa que no es alto el riesgo de contagio de la enfermedad. Adicionalmente, hizo referencia a la Ley 1373 de 2010 que dispuso el aumento gradual de la cobertura de la vacuna para el neumococo, atendiendo criterios de prevalencia y costo efectividad sanitaria, entre otros.

3. Ahora bien, ante la ausencia de respuesta de la demandante a la información solicitada por esta Corporación que de cuenta de la imposibilidad económica para asumir el costo de la vacuna, en tanto solamente se limitó a indicar en el escrito de tutela que "no contamos con los recursos económicos necesarios para poder pagarlas", a lo que debe agregarse que de conformidad con la valoración médica efectuada por la E.P.S. son mínimos los niveles de riesgo a los que está expuesto el menor de contraer la enfermedad de neumococo, lo que se impone es la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Cali el 25 de junio de 2010, que decidió no tutelar el derecho a la salud del niño Santiago Figueroa Viáfara.

Expediente T-2750247.

1. La señora Jennifer Ascencio Iguabita, actuando en representación de su menor hijo Yazid Emir Niño Ascencio, quien nació el 7 de enero de 201033, pretende que el juez constitucional ordene el suministro de la vacuna contra el neumococo. Sin embargo, durante el trámite de revisión se constató telefónicamente que el menor ya accedió a las vacunas solicitadas, razón por la cual se trata de un hecho superado por carencia actual de objeto34.

2. Recuérdese que la finalidad de la acción de tutela es la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, razón por la cual cuando cesa o desaparece la situación de hecho que dio lugar a su ejercicio, carece de sentido dictar una orden que busque el restablecimiento de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados.

3. Empero, no sobra precisar que las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional no se encuentran cumplidas en el asunto objeto de revisión, en la medida en que no está demostrado (i) que el menor Yazid Emir se encuentra expuesto a una amenaza inminente de adquirir las enfermedades que busca contrarrestar la vacuna contra el neumococo; (ii) que exista incapacidad económica de su núcleo familiar para sufragar el costo y (iii) que haya sido prescrita por un médico de la E.P.S. demandada.

4. Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia dictada por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga el 3 de junio de 2010, que denegó la tutela de los derechos fundamentales a la vida, integridad persona y bienestar social.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- En el expediente T-2703559, REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia emanada del

Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín el 26 de mayo de 2010 y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la menor Valeria Bernal Panesso, quien está representada por su progenitora la señora Yamiliny Panesso Galeano, únicamente respecto del suministro de las vacunas contra la hepatitis A y el neumococo.

Segundo.- ORDENAR a la E.P.S. COMFENALCO de Antioquia que, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta providencia, suministre las vacunas contra la hepatitis A y el neumococo a la menor Valeria Bernal Panesso, para lo cual previamente deberá efectuarse la correspondiente valoración por un médico tratante adscrito a la entidad, quien deberá indicar la cantidad de dosis requerida y el momento oportuno para su aplicación a partir de la lex artis.

Tercero.- ADVERTIR a la E.P.S. COMFENALCO de Antioquia que podrá repetir ante el FOSYGA, por el monto total de los costos en los que incurra con ocasión del suministro de las vacunas, teniendo en consideración que no fueron prescritas por un médico tratante adscrito a la entidad de salud, ni adelantado el respectivo trámite ante el CTC.

Cuarto.- Por intermedio de la Secretaría General, REMÍTASE copia del expediente de tutela T-2703559 a la Superintendencia Nacional de Salud, para que en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, inicie la correspondiente investigación disciplinaria contra los funcionarios de la E.P.S. COMFENALCO de Antioquia, encargados de atender los requerimientos que efectuó esta Corporación mediante proveídos del 11 de agosto y 8 de septiembre de 2010 y, de ser el caso, imponga las sanciones a que haya lugar.

Quinto.- En el expediente T-2745409, CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Cali el 25 de junio de 2010, que decidió no acceder al amparo constitucional solicitado, dentro de la acción de tutela incoada por la señora Yuly Estefany Viáfara Ocampo, quien actúa en representación de su hijo menor de edad Santiago Figueroa Viáfara, contra la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -SOS-.

Sexto.- En el expediente T-2750247, DECLARAR la existencia de un hecho superado por carencia actual de objeto. En consecuencia, CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga el 3 de junio de 2010, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Jennifer Ascencio Iguabita, en representación de su menor hijo Yazid Emir Niño Ascencio que negó el amparo invocado.

Séptimo.- EXHORTAR al Ministerio de la Protección Social, para que, con fundamento en el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, continúe ampliando la vacunación de manera gratuita y obligatoria a toda la población infantil de cero (0) a cinco (5) años de edad contra el neumococo, en los términos de la Ley 1373 de 2010.

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

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 10 del cuaderno inicial.

2 Ibídem.

3 Folio 13 ibíd.

5 Ibídem.

6 Folio 24 del cuaderno inicial.

7 Folio 27 del cuaderno inicial.

8 Folio 28 ibídem.

9 Ibídem.

10 Folio 37 ibíd.

11 Folio del cuaderno inicial.

12 Folio 2 ibídem.

13 Valga señalar que la gerente regional de la E.P.S. demandada, sostuvo en el escrito de contestación que “la aludida usuaria presenta diagnóstico de trauma craneal”, lo cual fue desvirtuado por la madre de la menor telefónicamente.

14 Folio 14 ibíd.

15 Folio 13 ibíd.

16 Folio 13 del cuaderno N° 2.

17 Otras disposiciones constitucionales que igualmente protegen los derechos de los niños y las niñas, son el artículo 50 de la Constitución que establece: “Todo menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.” Así

mismo, el artículo 67 Superior en lo pertinente dispone: "(…) El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo (…)"

18 Cfr. SU-225 de 1998, T-037 de 2006, T-016 de 2007, T-760 de 2008 y T-363 de 2010.

19 En la sentencia T-002 de 1992, la Corte se refirió a los criterios principales y auxiliares que permiten determinar la fundamentalidad de un derecho. Dentro de los primeros, se ubica el criterio material que alude a los derechos esenciales a la persona humana y, de otra parte, el formal que hace referencia al reconocimiento expreso del constituyente, donde se encuentran los derechos fundamentales de los niños y las niñas. En relación con los criterios auxiliares, consideró que allí pueden ubicarse (i) los tratados internacionales sobre derechos humanos; (ii) derechos de aplicación inmediata; (iii) derechos que poseen un plus para su modificación; (iv) reconocimiento de los derechos fundamentales por parte del juez de tutela. Del mismo modo, siguiendo los dictados de la sentencia T-406 de 1992, puede incluirse el núcleo esencial o contenido mínimo de los derechos fundamentales.

20 Cfr. T-576 de 2008.

21 Cfr. T-695 de 2007.

22 Cfr .T-860 de 2003, T-223 de 2004 y T-538 de 2004.

23 El PAI, "fue establecido por la Organización Mundial de la Salud en 1974, en Colombia, el Ministerio de Salud lo estableció en 1978, con el fin de brindar acceso a todos los niños de 0 a 5 años y otros, a un programa permanente de vacunación contra las seis enfermedades originalmente incluidas. (…) [E]s uno de los bienes públicos más básico provisto (sic) por el Estado y es la acción conjunta de las naciones del mundo y organizaciones internacionales, tendiente a lograr una cobertura universal de vacunación, con el fin de disminuir la morbilidad y la mortalidad causadas por enfermedades inmunoprevenibles." Tomado de la gaceta del Congreso N° 432, P. 16.

24 Cfr. T-977 de 2006.

25 La citada disposición establece: "REPRESENTACION JUDICIAL DEL HIJO. La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres. // El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad litem. // En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicarán las normas del Código de procedimiento Civil para la designación

de curador ad litem.”

26 La solicitud de amparo constitucional fue promovida el 26 de abril de 2010.

27 Folio 55 del cuaderno de revisión.

29 Cfr. T-279 de 1997, T-693 de 2002, T-812 de 2002, T-365 de 2004, T-502 de 2006 y T-702 de 2007.

30 Según el registro civil de nacimiento, el niño nació el 27 de marzo de 2010.

31 Folio 3 del cuaderno principal.

32 Folio 36 del cuaderno de revisión.

33 La acción de amparo constitucional fue impetrada el 15 de abril de 2010.

34 Sobre la posibilidad de que el juez de tutela obtenga información vía telefónica, para allegar elementos de juicio adicionales al expediente, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-603 de 2001, T-667 de 2001, T-476 de 2002, T-817 de 2003, T-1112 de 2004, T-219 de 2007, T-726 de 2007, T-374 de 2008, T-700 de 2008, T-470 de 2009 y T-130 de 2010.