

Sentencia T-659/08

DERECHO A LA SALUD-Protección constitucional

DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-
Prestacionales y transmutación hacia un derecho subjetivo

DERECHO A LA SALUD-Protección constitucional como servicio público y como derecho fundamental autónomo/DERECHO A LA SALUD-Componente preventivo

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Compromiso por parte del Estado y los órganos del sistema de seguridad social de adoptar y desarrollar programas de prevención y educación para evitar el contagio y difusión de enfermedades

De acuerdo al examen hasta ahora realizado, la Sala concluye que, de acuerdo a la normatividad superior, sobre el Estado y los órganos que dan forma al Sistema general de seguridad social pesa un inaplazable compromiso consistente en adoptar y desarrollar de manera eficiente programas de prevención y educación para evitar el contagio y difusión de las enfermedades; empresa dentro de la cual el suministro de vacunas – particularmente a favor de la población menor de edad- adquiere un insustituible papel protagónico.

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

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Línea jurisprudencial sobre la protección del suministro de vacunas

ACCION DE TUTELA-Orden a EPS COOMEVA de proveer las vacunas de rotavirus y neumococo en el evento de que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses considere que la menor resulte apta para su suministro

Referencia: expediente T- 1.830.736

Acción de tutela instaurada por el Ciudadano Daniel Felipe Ardila Sepúlveda, representante de la menor de edad María José Ardila Callejas, contra Coomeva Empresa Promotora de Salud

Magistrado Ponente

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA
PORTO

Bogotá D.C. primero (1°) de julio de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Quince Civil Municipal de Santiago de Cali en la acción de tutela instaurada por el Ciudadano Daniel Felipe Ardila Sepúlveda, representante de la menor de edad María José Ardila Callejas, contra Coomeva Empresa Promotora de Salud.

I. ANTECEDENTES

Obrando en calidad de representante legal de María José Ardila Callejas, el Ciudadano Daniel Felipe Ardila Sepúlveda interpuso acción de tutela con el objetivo de obtener amparo judicial de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la menor, los cuales habrían sido infringidos por la entidad demandada por la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala de Revisión:

1.- Al momento de interponer la acción de tutela objeto de revisión, la menor María José Ardila tenía 2 meses de edad. En el escrito de demanda, el representante indica que el galeno pediatra encargado del acompañamiento médico le prescribió las vacunas contra el “*ROTAVIRUS Y NEUMOCOCO, Y DEMAS VACUNAS NECESARIAS*”¹.

2.- La Empresa Promotora de Salud Coomeva, entidad a la cual se encuentra afiliada la menor en calidad de beneficiaria de su señora madre, Elizabeth Callejas Aguilar, le negó la provisión de las vacunas solicitadas alegando que éstas no se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual su costo debía ser asumido por sus padres.

En razón de la oposición manifestada por la entidad demandada, el Ciudadano interpuso acción de tutela con el propósito de obtener una orden judicial de amparo encaminada a garantizar los derechos fundamentales de la menor, la

¹ Folio 2, cuaderno 2

cual de manera precisa se encontraba orientada a la reclamación de las vacunas aludidas y, adicionalmente, el correspondiente tratamiento médico integral.

II. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Mediante escrito radicado el día 3 de diciembre de 2007, la empresa demandada se opuso a la pretensión de amparo promovida por el padre de la menor María José. De manera puntual indicó que, de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo 228 de 2002, la provisión de las vacunas solicitadas se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual la entidad no se encuentra obligada a procurar dicho tratamiento. A renglón seguido indicó: *“No obstante lo anterior, si el médico tratante considera pertinente que se le suministre el citado medicamento, deberá justificar la utilización de los mismos y someterlo al Comité Técnico Científico para definir su pertinencia y en caso positivo se adelanta la adquisición y suministro de los mismos, circunstancia que con posterioridad nos brinda la oportunidad de recobrar el valor de los medicamentos al FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA), tal como lo establece el Acuerdo 228 de 2002”*.

Cabe señalar que en el mismo escrito de contestación, la entidad informó que la menor se encuentra afiliada a Coomeva EPS desde el día 23 de septiembre de 2007 en calidad de beneficiaria, por lo que al iniciar la acción de tutela contaba con 9 semanas de cotización al Sistema general de seguridad social.

III. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Mediante sentencia proferida el día 5 de diciembre de 2007, el Juzgado Quince Civil Municipal de Cali resolvió negar la solicitud de amparo interpuesta por el señor Daniel Felipe Ardila. Como fundamento de la decisión adoptada el Juzgado de instancia indicó, luego de adelantar una breve consideración a propósito de la estructura y alcance del sistema general de seguridad social, que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional las Empresas Promotoras de Salud se encuentran obligadas a ofrecer con exclusividad los servicios médicos incluidos en el Plan obligatorio de salud. A renglón seguido recordó los parámetros establecidos por esta Corporación con el objetivo de inaplicar tal reglamentación, los cuales fueron examinados en el caso concreto con los siguientes resultados: en primer lugar, a juicio del fallador de instancia, en el caso concreto se echa de menos el correspondiente concepto de un médico tratante en el cual se prescriba la aplicación de las vacunas reclamadas, toda vez que al escrito de demanda en vez de anexar el correspondiente pronunciamiento, se adjuntó copia simple de un carné de vacunación.

En segundo término, el *a quo* señaló que el representante legal de la menor no había presentado la solicitud que es ahora reclamada por vía de tutela ante la

entidad demandada, razón por la cual no se habría surtido el trámite ordinario para conseguir su provisión, lo cual en opinión del fallador de instancia resalta la improcedencia de la pretensión de amparo. En tal sentido, en consideración del incumplimiento del requisito del concepto del médico tratante y, particularmente, debido a que no había sido iniciada ninguna reclamación ante la entidad, el Juzgado decidió negar la acción de tutela interpuesta.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.- Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Asunto a tratar

Para efectos de resolver la pretensión que ha sido sometida a consideración de la Sala de Revisión es menester dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos ¿la solicitud de amparo del derecho fundamental a la salud de un menor de edad puede encaminarse de manera legítima a reclamar el suministro de vacunas, a pesar de que no exista una prueba en concreto que acredite la grave afectación de su salud? ¿El juez de tutela, en su calidad de garante de los derechos fundamentales, se encuentra llamado a desplegar las facultades probatorias confiadas por el Decreto 2591 de 1991 para esclarecer la necesidad médica de la vacuna?

Con el objetivo de resolver tales cuestionamientos, la Sala realizará una reiteración jurisprudencial a propósito de la protección constitucional ofrecida a la salud y, en segundo término, examinará la línea jurisprudencial acerca de la pretensión de suministro de vacunas a favor de menores de edad por vía de tutela.

3. Reiteración jurisprudencial a propósito de la protección constitucional ofrecida a la salud en tanto servicio público y derecho fundamental

En copiosa jurisprudencia, esta Corporación se ha ocupado de esclarecer el alcance de la protección ofrecida por el texto constitucional y los cuerpos normativos que conforman el bloque de constitucionalidad a la salud como bien jurídico de indiscutible relevancia en nuestro ordenamiento². Así, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 superior, se observa que la primera configuración contenida en la carta a propósito de la salud se ciñe bajo la forma de los servicios públicos. En tal sentido, la disposición en comento establece lo siguiente: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental*

² Sentencias T-1202 de 2004, T-099 de 2006, T-060 de 2006, T-1238 de 2005, T-1162 de 2004, T-354 de 2005, T-1110 de 2004, T-1107 de 2004, T-666 de 2004, T-307 de 2006, T-836 de 2005, T-101 de 2006, entre otras

son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. En consecuencia, tal como fue puesto de presente por esta Corporación en sentencia T-1041 de 2006, de acuerdo a esta orientación se concluye que corresponde a la organización estatal asegurar la efectiva prestación del servicio de salud, tarea que debe ajustarse a los postulados de universalidad, solidaridad y eficiencia que la Constitución Nacional ha consagrado como principios rectores de tal actividad.

Adicionalmente, según fue indicado en sentencia T-016 de 2007, la anterior precisión implica que las medidas y directrices adoptadas por el Estado Colombiano en la materia deben orientarse, de manera forzosa, a la realización de los altos fines a cuya consecución se compromete el Estado, los cuales se encuentran compendiados en el artículo 2º constitucional. Tal consideración es de enorme importancia en la medida en que señala la notable relevancia que adquiere la salud dentro del plexo de garantías consagradas en las disposiciones superiores, puesto que la labor consistente en asegurar su cabal amparo no sólo es consecuencia inmediata de la vigencia de la cláusula del Estado Social de Derecho, sino que adicionalmente su adecuada protección se erige como presupuesto para el goce de las demás libertades consignadas en el texto constitucional.

Tal consideración se ajusta a la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), órgano de expertos encargado de la vigilancia del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la cual insiste en señalar que “*La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos*”³.

Ahora bien, a la anterior aproximación es preciso añadir la configuración de la salud como derecho fundamental autónomo, asunto que ha sido objeto de abundante desarrollo por parte de la jurisprudencia constitucional. Al respecto, es preciso anotar que, de acuerdo a los primeros pronunciamientos de la Corte a propósito de la exigibilidad del derecho a la salud, se indicó que esta garantía no podría ser considerada *per se* un derecho fundamental en estricto sentido en atención al componente eminentemente prestacional que lo caracteriza. En tal sentido, como fue señalado en una línea jurisprudencial que ha sido replanteada de manera decidida por esta misma Corporación, la protección por vía de tutela del derecho a la salud sólo sería posible en aquellos eventos en los cuales su eventual desamparo trajera consigo la vulneración de un derecho fundamental.

Por consiguiente, en desarrollo de esta primera concepción acogida por la Corte Constitucional, sólo en estos eventos específicos -agrupados bajo el argumento de la *conexidad*-, sería procedente el reclamo judicial de protección

³ Observación general número 14 sobre “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*” Párrafo 1.

del derecho a la salud. Tal consideración niega de plano el carácter *iusfundamental* de esta garantía toda vez que al hacer depender la viabilidad de su reclamación del vínculo de conexidad con otro derecho fundamental, se concluye que de manera autónoma e independiente no es posible garantizar protección a la salud.

No obstante lo anterior, en pronunciamientos posteriores la Corte habría de modificar su posición respecto de la justiciabilidad del derecho a la salud y, en términos generales, de los derechos congregados bajo la enseña de los derechos económicos, sociales y culturales. De manera específica, la Sala Plena de esta Corporación indicó en sentencia SU-819 de 1999 que este conjunto de derechos, los cuales son objeto de profusa regulación en el texto constitucional, tienen una marcada vocación de “*transmutación*” en virtud de la cual se observa una modificación sustancial de su contenido que permite identificar un ascenso de normas puramente programáticas a verdaderos derechos subjetivos exigibles por medios judiciales.

En este punto es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del PIDESC sobre el alcance del derecho a la salud. De manera textual, el aludido instrumento internacional prescribe lo siguiente: “***Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental / Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad***”⁴ (Negrilla fuera de texto).

⁴ En el mismo sentido, el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Así las cosas, de acuerdo al Pacto, la salud no es sólo un servicio público, sino que recoge principalmente un derecho fundamental de carácter subjetivo que da pie a la exigencia de obligaciones *in concreto* a la organización estatal por parte de sus titulares.

En este punto resulta oportuno destacar la señalada importancia de este tratado como referente normativo para establecer el alcance del derecho fundamental a la salud: según ha sido dispuesto en el inciso 2° del artículo 93 superior “*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”; por consiguiente, al momento de examinar el alcance de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, el operador jurídico se encuentra llamado a tener en cuenta lo dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes que haya suscrito el Estado Colombiano.

Tal ejercicio interpretativo, en virtud del cual dicho operador se halla compelido a tener en cuenta y dar aplicación a la normatividad internacional, trae consigo significativas consecuencias que se ajustan al propósito garantista de brindar al ser humano la más amplia protección posible en cuanto a sus libertades fundamentales. Dicha aseveración encuentra sustento en que los tratados de derechos humanos suelen contener una regulación mucho más específica y puntual que aquella que pueda ser realizada dentro de los textos constitucionales, los cuales, por su naturaleza, deben regular un considerable cúmulo de asuntos que se oponen a una descripción regulativa pormenorizada. De ahí resulta que los Convenios internacionales firmados por los Estados promuevan un espacio de mayor regulación y detalle que ha de concluir en una reglamentación más garantista a favor del ser humano pues el nivel de especificidad y experticio que reflejan excede las consagraciones constitucionales de tipo puramente nominal y enunciativo en materia de derechos fundamentales.

En segundo término, la prescripción hermenéutica indicada hace posible dentro de nuestro ordenamiento doméstico la exigibilidad directa de garantías consignadas en instrumentos internacionales; realidad que se inscribe dentro del movimiento del constitucionalismo contemporáneo, el cual indica que el esfuerzo de protección de los derechos humanos no sólo recoge una tarea que deba ser confiada a las organizaciones estatales, sino que es una labor que compromete a la humanidad entera, razón por la cual dicho cometido ha de ser guiado bajo un propósito internacional encaminado a la reivindicación de la dignidad humana.

Así las cosas, los diferentes tratados internacionales de derechos humanos firmados por el Estado Colombiano deben ser tenidos en cuenta al establecer el alcance de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional. Esta consideración ha sido empleada por esta Corporación, adicionalmente, como fundamento normativo para la ampliación del bloque de constitucionalidad. Sobre el particular, cabe resaltar que de acuerdo a la

versión original de dicha figura -diseñada a partir de la sentencia C-225 de 1995- en materia de derechos humanos, el bloque de constitucionalidad sólo estaría conformado por las reglas de Derecho Internacional Humanitario (artículo 215 superior) y los tratados internacionales sobre derechos humanos no susceptibles de limitación durante estados de excepción (inciso 1° del artículo 93 constitucional). Empero, tal como fue señalado en sentencia T-1319 de 2001, el inciso 2° del artículo 93 ordena la incorporación genérica de los tratados de derechos humanos que hayan sido consignados, a su vez, en el texto constitucional.

Dicha conclusión resuelve la cuestión a propósito de la lectura que debe ofrecerse al artículo 93.2 superior, pues *prima facie* esta disposición parece sugerir que el contenido jurídico de los artículos constitucionales sobre la materia se encuentra *subordinado* a lo que al respecto sea acordado en los tratados internacionales; conclusión que en forma alguna puede hacerse compatible con el principio de supremacía constitucional señalado en el artículo 4° de la carta. En este contexto, la inclusión de estos tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad resuelve la antinomia aparente que se traba entre estas dos disposiciones superiores, dado que por esta vía se asegura la prevalencia del texto constitucional como norma primera del ordenamiento jurídico y, a su vez, se garantiza poder jurídico vinculante a dichos instrumentos, tal como lo pretende el artículo 93.2 en comentario.

Advertido este asunto, procede la Sala a examinar algunos apartes que resultan pertinentes para la solución de la controversia que ha sido planteada en el caso concreto, los cuales se encuentran contenidos en la observación general número 14 del CDESC sobre “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”. Vale resaltar, de manera anticipada, que dicha observación –en su calidad de recomendación- adquiere un sólido valor para la jurisprudencia constitucional en la medida en que los pronunciamientos realizados por el Comité a propósito del significado de las cláusulas vertidas en el PIDESC son emitidos en su calidad de intérprete auténtico de la Convención, la cual, como fue indicado en precedencia, hace parte del texto constitucional gracias a la articulación ordenada por el bloque de constitucionalidad; circunstancia que indica su notable valor interpretativo para la Corte Constitucional.

En primer lugar, vale resaltar que de acuerdo a los términos empleados por el Pacto, la tarea de asegurar protección a la salud constituye una labor de permanente actualización y perfeccionamiento, razón por la cual los Estados no pueden justificar el alcance de un determinado grado de satisfacción del derecho para cesar los esfuerzos que permitan un mejor cumplimiento. Tal es el sentido según el cual debe comprenderse “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”. Aunado a lo anterior, dicha estructura del derecho se ajusta al mandato de progresividad señalado en el artículo 2° de la Convención, el cual prescribe a las organizaciones estatales el deber de adoptar las medidas que sean necesarias “*hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena*

efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En este entendido, la salud no ha de ser comprendida de manera exclusiva como la facultad de goce de un determinado conjunto de condiciones biológicas que permita la existencia humana⁵, pues esta garantía “*abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano*”⁶. De ahí procede también que el derecho a la salud ha de ser enmarcado dentro de un complejo contexto en el cual resultan evidentes los vínculos que presenta esta garantía con otros derechos fundamentales -como el derecho a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana, la vida, entre otros-. Lo anterior en forma alguna pretende reiterar el antiguo argumento de la conexidad, anteriormente indicado, pues, antes bien, tal constatación resalta el vínculo íntimo que comparten, no sólo el derecho fundamental a la salud con otras garantías, sino la totalidad de los derechos humanos, los cuales se encuentran comunicados por una unidad de propósito, la cual apunta a la realización de la dignidad humana.

En esta instancia emerge la pregunta acerca de cuál es el tipo de salud que, de acuerdo a lo estipulado en el PIDESC y en el texto constitucional, debe asegurar el Estado Colombiano y los organismos que hacen parte del Sistema general de seguridad social. Dicho interrogante adquiere señalada importancia en la medida en que de su respuesta depende el tipo de compromisos que resultan oponibles a éstos, la oportunidad en la cual deben ser realizados, y el tipo de concentración de la actividad a favor de determinados grupos humanos.

Así las cosas, como se sigue de la lectura del contenido del artículo 12 del Pacto y de la correspondiente observación general, el derecho a la salud desborda el exiguo parámetro que sugiere la adopción del criterio del “*derecho a estar sano*”⁷, con lo cual la vocación de la medicina y del Sistema de seguridad social no puede ser orientada bajo un parámetro exclusivamente curativo, pues la restricción del derecho a la salud a dicho modelo anula por completo el principio de la dignidad humana, toda vez que somete al individuo al padecimiento de enfermedades y dolencias, las cuales –bajo este modelo- sólo pueden ser atendidas una vez se han manifestado de manera

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, “*El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud*”.

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general número 14, párrafo 4.

⁷ Vid supra.

efectiva y han ocasionado el deterioro del estado de salud, con la consecuente limitación de las posibilidades vitales de los Ciudadanos.

En consecuencia, los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas orientadas a promover el bienestar de los habitantes, labor dentro del cual las políticas de educación y prevención adquieren denodada importancia puesto que constituyen un instrumento ideal para evitar la difusión de enfermedades desde el momento primero en el cual aún pueden ser conjuradas. Al respecto, textualmente, el literal c) del artículo 12 del PIDESC señala como obligación de las organizaciones estatales *“La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”*. A juicio del Comité, este segmento normativo demanda de los Estados el establecimiento de *“programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género”*.

De acuerdo al examen hasta ahora realizado, la Sala concluye que, de acuerdo a la normatividad superior, sobre el Estado y los órganos que dan forma al Sistema general de seguridad social pesa un inaplazable compromiso consistente en adoptar y desarrollar de manera eficiente programas de prevención y educación para evitar el contagio y difusión de las enfermedades; empresa dentro de la cual el suministro de vacunas –particularmente a favor de la población menor de edad- adquiere un insustituible papel protagónico.

Una vez ha sido concluido el examen de la protección constitucional ofrecida a la salud en sus dos facetas, en tanto servicio público y como derecho fundamental autónomo, para lo cual se ha hecho énfasis en el componente preventivo de ésta; pasa la Sala a realizar un examen jurisprudencial de los pronunciamientos realizados por esta Corporación a propósito de la pretensión de suministro de vacunas por vía de tutela.

Jurisprudencia constitucional acerca de la pretensión de suministro de vacunas a favor de menores de edad por vía de tutela

Antes de iniciar el correspondiente examen, es preciso señalar que en varias oportunidades la Corte Constitucional ha emitido un considerable grupo de fallos con fundamento en la figura del hecho superado en la medida en que, al proferir la sentencia de revisión, la urgencia del amparo ha cesado debido a que los menores han recibido la aplicación de las vacunas solicitadas. Tal es el caso de las sentencias T-681 de 2006, T-640 de 2007 y T-110 de 2003, en las cuales, luego de llevar a cabo una indagación probatoria, las Salas de Revisión concluyeron que el tratamiento médico reclamado había sido ofrecido a los menores, bien por decisión de las entidades demandadas o debido a que los padres de familia habían asumido el costo de la vacuna, con lo cual no

resultaba procedente la solicitud de protección judicial⁸.

En cuanto a las decisiones judiciales en las cuales se ha fallado de fondo la pretensión debido a la vigencia de la infracción de derechos fundamentales, se encuentran las siguientes providencias: En sentencia T-903 de 2001 la Sala Cuarta de Revisión de la Corte ordenó la protección judicial de las garantías *iusfundamentales* de una menor de 28 días de nacida a quien le había sido diagnosticada la enfermedad bronconeumonía por el médico tratante de la EPS a la cual se encontraba afiliada en calidad de beneficiaria. Como parte del tratamiento médico, el galeno había prescrito la “*vacuna antineumocócica conjugada heptavalente*”, la cual había sido negada por la entidad demandada con fundamento en la exclusión de ésta del contenido del Plan obligatorio de salud. Una vez la Sala dio aplicación a los requisitos jurisprudenciales para la inaplicación del POS, concluyó que debido a la gravedad de la enfermedad y a la relevancia constitucional del derecho fundamental a la salud de los menores, ordenó la aplicación de la vacuna.

En sentencia T-270 de 2003 la Sala Sexta de Revisión concedió protección a los derechos fundamentales a la salud y a la vida de una menor de 3 años, quien sufría de asma y se domiciliaba en compañía de sus padres en la ciudad de Leticia, Amazonas. En dicha oportunidad la acción de tutela encontraba sustento en que, dentro del correspondiente tratamiento el médico tratante había prescrito la aplicación de las vacunas “*virus influenza No. 12 y Neumococo No. 1*”. La solicitud, dirigida contra Cajanal EPS, había sido negada con fundamento en que las vacunas requeridas no estaban incluidas en el Plan obligatorio de salud. Con el objetivo de resolver la cuestión planteada, la Sala realizó una reiteración jurisprudencial sobre el alcance del derecho fundamental a la salud en el caso específico de los menores de edad. Adicionalmente, indicó que los tratamientos médicos no podían ser dirigidos por una orientación puramente curativa, en atención a que dicho servicio ha de encaminarse a lograr el mejor estado de salud posible del paciente, razón por la cual los procedimientos y medicinas prescritos que busquen garantizar una mejor calidad de vida no pueden ser negados de manera legítima con fundamento en que éstos no logran una recuperación total de la salud⁹. En estos términos, luego de dar aplicación a los requisitos jurisprudenciales establecidos por esta Corporación para efectos de inaplicar las normas del POS, ordenó la protección inmediata de los derechos fundamentales, los cuales se encontraban en inminente amenaza debido a la dolencia padecida por la menor.

⁸ Sobre el particular, si bien el caso no se ajusta a la línea jurisprudencial que ahora se expone en atención a que el accionante era mayor de edad, es preciso señalar ahora la sentencia T-463 de 2006, en la cual la Sala Octava de Revisión resolvió la acción de tutela promovida por un Ciudadano portador del virus VIH, a quien su ARS le había negado la provisión de las vacunas contra el neumococo y la influenza, debido a que éstas no se encontraban dentro del Plan obligatorio de salud del régimen subsidiado. En dicha ocasión la Sala reiteró el precedente jurisprudencial que reconoce a los portadores de esta enfermedad como sujetos de especial protección y, en consideración a la grave amenaza que se cernía sobre los derechos fundamentales del accionante, ordenó el suministro de las vacunas solicitadas.

⁹ En tal sentido, reiteró la sentencia T-430 de 1994

En sentencia T-666 de 2004 la Sala Séptima de Revisión negó la solicitud de amparo judicial presentada a favor de un menor de edad que sufría “*meningitis por neumococo*” debido a la acreditada capacidad de pago por parte del padre de familia, razón por la cual la providencia indicó que la carga pecuniaria debía ser asumida, en estos términos, por sus representantes legales.

En sentencia T-1314 de 2005 la Sala Quinta de Revisión de la Corte concedió amparo judicial a dos menores de edad cuyo nacimiento había sido prematuro, razón por la cual, en opinión del médico tratante, estaban en riesgo inminente de contraer el “*virus sincitial respiratorio*”. Al igual que en los casos precedentes, la EPS demandada oponía como razón para negar el suministro de las vacunas su exclusión del listado del POS. En el mencionado fallo, la Sala llevó a cabo una reiteración jurisprudencial acerca del principio de continuidad del servicio médico y, luego de aplicar los requisitos de inaplicación del Plan obligatorio, concluyó que en el caso concreto las menores debían ser protegidas, por lo que ordenó la entrega de los insumos requeridos.

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

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

En sentencia T-492 de 2007 la Sala Novena de Revisión ordenó la protección de los derechos fundamentales de un menor de 4 años que, según dictamen emitido por el médico tratante, “*nació con craneofaringioma por lo que sufrió daño en la Hipófisis y presenta diabetes insípida*”. Mediante la acción de tutela interpuesta, su representante legal solicitó la práctica de un procedimiento quirúrgico y, adicionalmente, la provisión de un medicamento y de las siguientes vacunas: “*antigripal, antihepatitis A, neumococo y varicela*”, petición cuyo sustento se encontraba en una prescripción médica. Para efectos de resolver la pretensión, la Sala volvió sobre el precedente jurisprudencial en el cual se reconoce protección reforzada a los menores de edad en su condición de sujetos de especial. Posteriormente, empleó los parámetros establecidos para la inaplicación del POS y ordenó la provisión del medicamento y vacunas requeridas, además de la intervención quirúrgica.

En el mismo año la Sala Octava de Revisión emitió la sentencia T-107 mediante la cual se declaró la carencia actual de objeto en un proceso de tutela promovido por la señora madre de un menor de 3 meses quien, debido a complicaciones en su salud imputables a la IPS encargada de la prestación del servicio de salud, sufrió el contagio de meningitis y, con posterioridad, bronquiolitis. A pesar del delicado estado del menor, las entidades demandadas se opusieron al suministro de la vacuna “*DPT hexavalente acelular*” y a la práctica de las “*terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisiatría*”. La razón por la cual la Corte no se pronunció en términos de fondo sobre la vulneración de los derechos fundamentales del menor consistió en que durante el trámite de la acción el menor falleció debido a la falta de tratamiento médico. Por tal motivo, en la parte resolutive de la providencia la Corte ordenó compulsar copias de la sentencia y del expediente a la Fiscalía General de la Nación, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Tribunal de Ética Médica, para lo de su competencia.

No obstante la enorme importancia de las providencias hasta ahora examinadas, en esta oportunidad la Sala de Revisión estima oportuno volver sobre una sentencia emitida por la Sala Plena de esta Corporación, la cual –en su calidad de fallo de unificación de jurisprudencia– adquiere una notoria importancia a la hora de establecer a plenitud el sentido del precedente a la luz de la jurisprudencia constitucional. Tal acotación es realizada debido a que, pese a su relevancia, sólo en una de las providencias que hasta ahora han sido comentadas se ha hecho alusión a dicha sentencia¹⁰. La Sala descarta la necesidad de hacer énfasis en el sentido y múltiples propósitos que anima la elaboración de fallos de unificación por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional, por lo cual se da por descontada la relevancia y efectos de dicha providencia, que en esta oportunidad constituye un decidido precedente que ha de ser tenido en cuenta para la solución del caso concreto que ha sido planteado a esta Sala de Revisión.

Se trata de la sentencia SU-225 de 1998, en la cual esta Corporación revisó un

¹⁰ Se trata de la sentencia T-502 de 2006

proceso de tutela promovido por 418 padres de familia en contra del entonces Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, mediante el cual reclamaban el suministro gratuito de las vacunas “*contra los virus que producen las enfermedades meningocócica y meningitis por Haemophilus influenzae*”. En la acción de tutela el representante judicial de los accionantes puso de presente que, en su mayoría, los y las accionantes eran madres cabeza de familia y trabajadores del sector informal de la economía, residentes en la localidad de Puente Aranda del distrito. Así mismo, carecían de los recursos económicos requeridos para sufragar el costo de las vacunas y no se encontraban vinculados a alguna institución prestadora del servicio público de seguridad social. Para terminar, el escrito de demanda señaló que, debido a las difíciles situaciones económicas a las que se encontraban sometidos, se veían obligados a dejar sus hijos al cuidado de hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En esta oportunidad el problema jurídico planteado a la Sala Plena consistía en determinar si la abstención por parte del Estado, consistente en no desarrollar un programa de vacunación a favor de los menores en cuya representación fue iniciada la acción de tutela, vulneraba “*el núcleo esencial de los derechos prestacionales de los menores en materia de salud*” y, en segundo término, era menester establecer si la aludida abstención infringía el mandato constitucional consignado en el artículo 13 superior que prescribe a la organización estatal la erradicación de la marginación y la discriminación.

En primer lugar, la Corte se ocupó de establecer el alcance del derecho fundamental a la salud de los niños y niñas con el objetivo de indicar que la estructura de estas garantías se ciñe al modelo de derechos subjetivos que, dada su relevancia solar dentro del ordenamiento constitucional, no pueden ser sometidos a decisiones eventuales adoptadas por instancias políticas pues tal concepción resulta contraria al fundamento esencial sobre el cual se apoya el discurso de los derechos humanos, en la medida en que éstos recogen un conjunto definitivo de garantías que se erigen como barreras de contención del principio democrático. En tal sentido, si estos derechos pretenden asegurar un control sustancial a los contenidos democráticos acogidos en una sociedad, mal podría entenderse que su configuración depende por completo de las decisiones que los centros de impulsión del poder político estimen convenientes.

A continuación llevó a cabo un detenido estudio de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional a favor de los niños en el artículo 44, a partir del cual concluyó que el canon constitucional establece una serie de garantías que permite su agrupación en dos categorías: derechos de libertad y derechos que promueven la igualdad sustancial. Sobre el particular indicó que la estructura de los derechos fundamentales contenidos en este último conjunto se revela problemática desde la perspectiva del control judicial en atención al tipo de medidas exigibles para lograr su satisfacción. Así las cosas, en atención a que el rasgo característico de los derechos fundamentales consiste en su aplicación directa, esto es, en la posibilidad de

reclamar judicialmente pretensiones específicas que no requieren desarrollo legal o reglamentario; planteó que el asunto central respecto de su justiciabilidad consistía en determinar si el juez constitucional contaba con la facultad de ordenar el amparo de un derecho de contenido prestacional “*que tiene diversos alcances y cuya satisfacción implica erogaciones fiscales*” en supuestos en los cuales no median definiciones normativas que establezcan prestaciones concretas¹¹.

Con el objetivo de resolver esta controversia, la Corte planteó tres diferentes alternativas que sugieren distintos grados de participación del juez constitucional para efectos de asegurar la protección de los derechos sociales. Al respecto, indicó que la solución del asunto imponía la realización de una lectura sistemática de la Carta, a partir de la cual el artículo 44 superior fuese comprendido de manera armónica con el principio democrático (artículos 1, 3, 40 C. N.); ejercicio a partir del cual se reconoce una doble textura de los derechos fundamentales; lo cual, en el caso específico del derecho fundamental a la salud, implica que esta garantía contiene un contenido irreductible “*no negociable en el debate democrático*”, del cual emergen derechos subjetivos cuya satisfacción puede ser reclamada por vía de tutela. Adicionalmente, indicó que a dicho contenido se suma una específica “*zona complementaria*” cuya definición corresponde a los órganos políticos teniendo en cuenta consideraciones como la disponibilidad de recursos y las prioridades políticas coyunturales. De manera puntual señaló lo siguiente:

Referida al derecho a la salud de los niños (C.P. art. 44), la doctrina anterior se traduciría en la existencia de una serie de derechos mínimos, adscritos a los niños y directamente aplicables, que originan deberes implícitos para cada uno de los sujetos que el mismo artículo 44 indica como responsables de su pleno cumplimiento. Así las cosas, los órganos políticos tendrían la obligación ineludible de definir sistemas de prevención y atención con contenidos constitucionalmente definidos y los jueces podrían obligar a la familia y al Estado a cumplirlos así no existiera mediación legislativa o administrativa.

En criterio de la Corte, esta tercera alternativa es la única que permite la aplicación simultánea de las distintas normas constitucionales pues, de una parte, obedece el mandato constitucional que otorga, sin excepción, el carácter de fundamentales a los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 y, de otra, atiende a los imperativos insoslayables de todo Estado democrático de Derecho. En consecuencia, con sujeción a los principios de aplicación

¹¹ En este punto es menester anotar que la orientación sugerida en este sentido por la Sala, según la cual es posible establecer una diferenciación sustancial entre un conjunto de derechos fundamentales de abstención – conocidos en la doctrina como derechos de primera generación- y otro, diferente, en el cual se incluyen los derechos prestacionales –de segunda generación-; la posición jurisprudencial de esta Corporación en la materia ha sido modificada de manera significativa, toda vez que la Corte ha señalado que tal distinción no resulta atendible en la medida en que la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en el texto superior y en el bloque de constitucionalidad reclaman tanto medidas de abstención como de prestación. Al respecto, sentencias T-016 de 2007, 1041 de 2006, T-062 de 2007, entre otras.

integral de la Constitución y de armonización concreta, es la doctrina que la Corporación debe prohiar.

De acuerdo a la anterior consideración, la Sala Plena concluyó que dentro de nuestro ordenamiento constitucional la atención de las necesidades básicas de los menores de edad no puede quedar sometida a un debate político regido por las reglas del triunfo de mayorías eventuales, pues por esta vía se eludiría el inaplazable compromiso asumido por la organización estatal y la sociedad en su conjunto, en virtud del cual les corresponde a éstas asegurar la plena vigencia de sus derechos fundamentales. En este sentido, señaló que debido a la necesidad de realizar una interpretación holística del texto constitucional dentro de la cual ha de tenerse en cuenta el principio democrático, el juez de amparo se encuentra llamado a garantizar la **protección judicial** de este segmento específico del derecho a la salud –delimitado, se reitera una vez más, por las necesidades básicas de esta población-.

Ahora bien, resuelta esta primera consideración, la Sala procedió a examinar el segundo problema jurídico planteado por la acción de tutela, relacionado con la eventual violación de la “*cláusula de erradicación de las injusticias presentes, contenida en el artículo 13 de la Carta*”, pues la Corte encontró acreditado que los menores cuya protección había sido solicitada pertenecían a un sector marginado de la sociedad debido a las acentuadas condiciones de pobreza en las que se encontraban.

Sobre el particular, indicó que el artículo 13 superior prescribe en cabeza del Estado la obligación consistente en adoptar “*medidas en favor de los grupos discriminados o marginados*”, razón por la cual corresponde, de manera preponderante, al Legislador la tarea de elaborar normas jurídicas que permitan la inclusión material de dichos sectores de la población en atención a que la adopción de tales medidas supone llevar a cabo destinaciones que comprometen de manera sensible el erario público. Empero, la Corte anotó que el encargo constitucional realizado no supone en forma alguna la atribución de una *competencia meramente facultativa* al Congreso de la República, pues la prescripción superior establece un mandato concreto encaminado a “*transformar las condiciones materiales que engendran la exclusión y la injusticia social*”.

En tal sentido, al juez constitucional no le corresponde *prima facie* ordenar la asignación y suministro de prestaciones económicas; sin embargo, como acaba de ser indicado en precedencia, dicha labor representa un problema de índole constitucional, con lo cual es menester determinar en qué eventos la abstención por parte del Estado ha de ser enmendada dentro de la jurisdicción constitucional con el objetivo de asegurar la prevalencia de los derechos fundamentales de los asociados (artículo 5° superior) y, en términos generales, la máxima de supremacía constitucional (artículo 4°). Al respecto, con fundamento en el precedente establecido en sentencia SU-111 de 1997, indicó que tal actuación por parte del juez de tutela ha de ser llevada a cabo cuando quiera que se presente “*un atentado grave contra la dignidad humana de*

*personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del **mínimo vital**, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales”.*

Luego de adelantar un examen a propósito del alcance del derecho fundamental al mínimo vital, la Corte estableció los siguientes parámetros para efectos de determinar si en el caso concreto se presentaba una infracción del mandato constitucional de erradicación de la marginación y la discriminación que justificara la intervención de la Corte Constitucional, en su calidad de juez de amparo: (i) identificación de un grupo de personas discriminadas o marginadas; (ii) demostración de la existencia de una necesidad básica y de su falta de atención; (iii) examen de los hechos y razones relativos a la respuesta dada por el Estado a la situación específica de marginación o discriminación; (iv) calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento.

Ahora bien, al examinar el caso concreto, después de consultar los conceptos médicos recabados durante el trámite de la acción, la Corte encontró acreditado que las enfermedades cuya vacuna era reclamada afectaba con especial énfasis a infantes en los países en vías de desarrollo. Así las cosas, debido a las condiciones de pobreza límite en la cual se encontraban los núcleos familiares de los menores de edad, se concluyó que éstos se hallaban en un alto riesgo de adquirir la enfermedad y de padecer las secuelas de las dolencias -asociadas a sordera permanente y retardo mental-. Adicionalmente, la Sala encontró probado que buena parte de los menores de edad ni siquiera participaba en alguno de los regímenes –contributivo o subsidiado- del Sistema de seguridad social, razón por la cual en términos prácticos estaban por completo marginados del acceso al servicio de salud, en su condición de sujetos meramente *vinculados* al sistema.

En conclusión, en el caso concreto, debido a (i) la notoria ausencia de un programa de identificación, monitoreo y atención de la enfermedad; (ii) la acreditada gravedad de la dolencia; (iii) la marginalidad a la cual se encontraban sometidos los menores, la cual los ponía en inminente riesgo de adquirir la enfermedad; y, en último término, (iv) la existencia de una necesidad básica insatisfecha; la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó el fallo de instancia mediante el cual había sido ordenada la provisión de la vacuna requerida.

Una vez la Sala de Revisión ha realizado un cuidadoso recuento acerca del tratamiento jurisprudencial ofrecido por esta Corporación al alcance del derecho fundamental a la salud de los infantes con el objeto de establecer en

qué eventos resulta viable la solicitud de amparo encaminada a obtener el suministro de vacunas, procede a decantar los parámetros que han de ser tenidos en cuenta por parte del juez de tutela. Empero, antes de realizar el estudio de recapitulación propuesto, la Sala llama la atención sobre la preponderancia que adquiere la sentencia de unificación 225 de 1998, toda vez que manifiesta la opinión de la Sala Plena de la Corte Constitucional en la materia, razón por la cual constituye un referente de consideración forzosa para establecer el sentido auténtico de la correspondiente línea jurisprudencial: (i) En primer lugar, la conservación de la vida y de la salud constituye una necesidad básica que debe ser atendida, en primer término, por parte del Legislador y las autoridades administrativas encargadas de dar aplicación a los correspondientes programas que permitan la consecución de dicho fin.

(ii) En el caso específico de los menores de edad la urgencia de dicho propósito adquiere prominente importancia y urgencia en cuanto a la tarea de configuración de los medios necesarios para su efectiva materialización, debido al crucial momento de desarrollo vital por el cual atraviesan.

(iii) La anterior consideración resulta aún más sobresaliente en aquellos eventos en los cuales los infantes se encuentran en condiciones de pobreza pues a la atención ordinaria que cualquier caso requiere, en estos supuestos los niños y niñas –debido a la alimentación inadecuada, los problemas de higiene ambiental, entre otros factores definitivos- se hallan arrojados a una condición de riesgo extremo que debe ser conjurada por la organización estatal. En tal sentido, en estos eventos no sólo se encuentra de por medio la urgencia de brindar amparo al derecho fundamental a la salud consagrado en el artículo 44, sino adicionalmente el mandato de erradicación de todas las formas de marginación y discriminación que son consecuencia de las injusticias sociales presentes (artículo 13 superior).

(iv) El aseguramiento del derecho fundamental al más alto nivel posible de salud a los menores no es una tarea que corresponda de manera exclusiva al Estado colombiano, pues de acuerdo al artículo 44 constitucional esta tarea debe ser asumida de manera conjunta por la familia, la sociedad y la organización estatal, con lo cual se concluye que, dentro de una economía de escasos recursos, el Estado ha de garantizar este derecho en aquellos eventos en los cuales las instituciones restantes no cuenten con los medios requeridos para su adecuada satisfacción. Tal solución se ajusta al aludido papel atribuido al Estado por el canon 13 superior, el cual hace referencia a su papel como ente corrector de cualquier forma de segregación y marginación.

(v) A pesar de la orientación acogida en los fallos emitidos por las Salas de Revisión que fueron objeto de análisis en esta providencia, como se sigue del precedente establecido por la Sala Plena en sentencia SU-225 de 1998; la provisión de vacunas a favor de menores de edad no puede ser resuelta con exclusividad de acuerdo a los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional para decidir la inaplicación de las reglas del Plan obligatorio de salud. Tal aproximación desconoce la vital importancia del asunto planteado,

toda vez que no da cuenta de la dimensión real de la problemática social que subyace la solicitud de provisión de vacunas –en tanto medio para asegurar la conservación de la vida y la salud y, por ende, como necesidad básica-. Adicionalmente, dicha orientación deja por fuera a un importante segmento de la población que no participa en ninguno de los regímenes creados por la Ley 100 de 1993, quienes precisamente reclaman con mayor urgencia la atención por parte del Estado. A favor de esta consideración, la Sala encuentra que el Plan Ampliado de Inmunización –PAI- funciona de manera completamente independiente de estos dos regímenes. Sin embargo, vale decir, esta consideración no exime en forma alguna de la participación de las EPS del régimen contributivo y subsidiado de la obligación de participar en dicho suministro cuando quiera que de acuerdo a la normatividad vigente deban realizar dicho suministro a sus pacientes.

(vi) De acuerdo a las consideraciones precedentes, la viabilidad de este tipo de pretensiones sólo puede depender de (a.) la acreditada necesidad médica de garantizar la provisión de la vacuna, lo cual no sólo ocurre cuando existe un concepto emitido por un galeno que en el caso concreto ordene el suministro; pues, por vía de ejemplo, tal necesidad puede hacerse evidente debido a la demostrada exposición del menor a una epidemia.

Esta precisión en forma alguna sugiere que este tipo de procedimientos han de llevarse a cabo sin el correspondiente acompañamiento médico, pues una actuación de tal naturaleza puede conducir a una más gravosa afectación de la salud de los menores, dado el cuidado y experticio técnico que requiere la determinación de los casos específicos en los cuales resulta conveniente la aplicación de la vacuna. Al contrario, ante la demostración de la urgencia de brindar tratamiento médico a un menor debido a su exposición al contagio de una enfermedad, esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el juez de tutela para efectos de asegurar que en el caso concreto la vacuna va a actuar como medio idóneo para la protección de su salud.

Por consiguiente, el juez de amparo debe concentrar su atención en la existencia de la **necesidad de atención médica**, para lo cual, como ya se ha dicho no es requisito forzoso contar con un concepto médico que recomiende la aplicación de la vacuna. Establecido este elemento, **como paso posterior** y mecanismo para la protección de la salud del menor, ha de valerse de las facultades probatorias conferidas por el Decreto 2591 de 1991 para establecer la idoneidad y conveniencia de la aplicación del insumo requerido. En tal sentido, podrá solicitar conceptos médicos que le permitan establecer si el menor ha de recibir dicho tratamiento o si, por el contrario, debe ser sometido a terapias médicas alternativas.

Así las cosas, en aquellos eventos en que el escrito de demanda no ofrezca los suficientes elementos probatorios acerca de la necesidad médica de la vacuna, el mandato de protección a los derechos fundamentales de los niños y niñas impone al juez constitucional una de dos actuaciones: (a.1.) en primer lugar, al momento de admitir la acción de tutela, debe hacer uso de las facultades

probatorias concedidas por el Decreto 2591 de 1991 con el objetivo de esclarecer este asunto solicitando al Instituto de Medicina Legal un pronunciamiento que le ofrezca certeza al respecto. En este evento, en caso de obtener respuesta afirmativa sobre la conveniencia de su provisión, de comprobar el cumplimiento del segundo requisito que se explica en líneas posteriores, debe ordenar de forma perentoria el suministro de la vacuna. (a.2.) En segundo término, cuando quiera que tal actuación haya sido omitida y se cumpla el segundo requisito, deberá ordenar la realización de una valoración médica que permita establecer la necesidad de la vacuna, la cual deberá ser llevada a cabo por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

El seguimiento de estas subreglas –(a.1.) y (a.2)- resulta forzosa para el juez de amparo por cuanto en los casos en los que la acción de tutela es interpuesta sin brindar esta información decisiva, surge un ineludible cuestionamiento: ¿en el caso concreto, el menor de edad requiere el suministro de la vacuna solicitada como medio para garantizar sus derechos fundamentales a la vida y la salud?. Como es obvio, al desestimar la pretensión con fundamento en dicha duda, la autoridad judicial estaría resolviendo este dilema en contra del infante, lo cual contraría a todas luces las disposiciones constitucionales que procuran a los menores de edad tutela reforzada en su condición de sujetos de especial protección.

b.) En segundo término, la prosperidad del amparo se sujeta a que los miembros del núcleo familiar del menor no cuenten con los medios económicos requeridos para sufragar el costo de la vacuna –cuando quiera que la correspondiente EPS de cualquiera de los dos regímenes no deba garantizar su provisión- pues, como fue señalado en el fundamento (iv) de esta providencia, la labor de asegurar amparo al derecho a la salud de los menores no corresponde en forma exclusiva al Estado. Antes bien, en este esfuerzo debe coadyuvar la familia y la sociedad.

Con fundamento en las consideraciones hasta ahora desarrolladas, procede esta Sala de Revisión a resolver la pretensión de amparo interpuesta por el accionante en su calidad de representante de la menor de edad.

Caso concreto

Con el objetivo de obtener amparo judicial de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor María José Ardila, el Ciudadano Daniel Felipe Ardila Sepúlveda interpuso acción de tutela contra Coomeva Empresa Promotora de Salud, en atención a que dicha entidad se habría negado al suministro de las vacunas contra el “*ROTAVIRUS Y NEUMOCOCO*” por cuanto se encuentran fuera del Plan obligatorio de salud.

Como fue señalado en la parte motiva de esta providencia, debido a la enorme relevancia constitucional de los bienes jurídicos comprometidos en este tipo de procesos, no resulta viable la aplicación de las reglas jurisprudenciales para la inaplicación de los contenidos incluidos en el POS. En tal sentido se dará

aplicación a las subreglas anteriormente señaladas: (a) En cuanto a la necesidad médica de la aplicación de la vacuna, la Sala estima oportuno reiterar las consideraciones desarrolladas en fallo reciente emitido por la Sala Sexta de Revisión, mediante el cual se resolvió la solicitud de amparo presentada a favor de una menor recién nacida a quien se le negaba la aplicación de las mismas vacunas que en esta oportunidad reclama el accionante, con fundamento en el buen estado de salud de la infante y en la exclusión de dichas vacunas del plan. Indicó la Corte en sentencia T-321 de 2008 que *“el que se trate de una menor de edad recién nacida cuya condición física y estado de salud es óptimo, y que de conformidad con las circunstancias fácticas de su entorno social harían suponer que no se encuentra expuesta a factores de alto riesgo que facilitarían que ésta contrajera alguna de las enfermedades que se busca prevenir con las vacunas, ello no es óbice para negarle el suministro de las vacunas que ahora reclama por esta vía constitucional (...) De aceptarse tal situación, se estaría planteando una clara discriminación en la protección de un derecho fundamental, pues en el caso de los menores de edad, tendrían acceso a las vacunas excluidas del POS los menores que ya se encuentren enfermos o los que habiten en zonas de alto riesgo de contagio, mientras que otros menores, respecto de quienes la protección de sus derechos fundamentales en términos del artículo 44 Superior, no establece diferencia alguna, estaría condicionada a una situación que la misma norma constitucional no establece ni permite. Así, todos los menores por ser sujetos de especial protección tienen el derecho de acceder a todos aquellos servicios médicos que les asegure la protección de su salud, incluso de manera preventiva”*.

(b) En cuanto a la incapacidad económica de los miembros del núcleo familiar, la Sala observa que en el escrito de demanda el representante legal de la menor justifica la interposición de la acción por cuanto carece de recursos económicos para sufragar dicho valor pues *“estas vacunas son costosas y mi hija las requiere urgente para evitar posteriores complicaciones de salud, y para mantener su calidad de vida”*. Tal aseveración no fue controvertida durante el trámite de la acción de tutela por parte de la entidad demandada, razón por la cual es preciso dar aplicación a la presunción de buena fe contenida en el artículo 86 superior, la cual en el caso concreto permite acreditar el cumplimiento de este requisito que indaga por la posibilidad económica de los miembros de la familia para asumir el costo de las vacunas.

A partir de lo expuesto en esta providencia se observa que, debido a la condición de necesidad básica de las vacunas requeridas, en el caso concreto es menester conceder amparo a los derechos fundamentales de la menor. En tal sentido, la Sala estima necesario dar aplicación a la subregla (a.2.) –vid supra- por cuanto la adecuada protección del derecho a la salud impone la realización de una valoración médica previa que permita establecer la aptitud de la menor para recibir el suministro de la vacuna; examen que será llevado a cabo por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En tal sentido, la Sala advertirá al Ciudadano Daniel Felipe Ardila Sepúlveda, representante legal de María José Ardila Callejas, que cuenta con un término de un mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia, para acercarse al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a fin de que esa entidad valore la aptitud de la menor para recibir la aplicación de la vacuna o si es menester realizar un tratamiento alternativo de prevención del contagio de las enfermedades rotavirus y neumococo.

De acuerdo a lo anterior, en el evento en que el Instituto considere que la menor resulta apta para la aplicación de las mencionadas vacunas, la EPS demandada contará con un término de 48 horas para suministrar la vacuna en los estrictos términos señalados por el Instituto. En cualquier caso, si por el contrario la autoridad arriba a una conclusión diferente, la EPS deberá ofrecer la atención médica de prevención alternativa para evitar el contagio de tales enfermedades de acuerdo a las prescripciones ofrecidas en el pronunciamiento médico.

V. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Civil Municipal de Santiago de Cali y, en consecuencia, conceder el amparo a los derechos fundamentales a la vida y la salud de la menor de edad María José Ardila Callejas.

SEGUNDO.- REMITIR copia del presente expediente al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con miras a que proceda a examinar a la menor de edad María José Ardila Callejas y conceptúe si es apta para recibir el suministro de las vacunas que previenen las enfermedades rotavirus y neumococo. En caso de no ser apta, deberá indicar el tratamiento que ha de ser ofrecido por parte de la EPS Coomeva para efectos de evitar el contagio de dichas enfermedades por parte de la menor. Adicionalmente, se solicita al Instituto remitir copia del correspondiente concepto médico al Ciudadano Daniel Felipe Ardila Sepúlveda y a la EPS Coomeva.

TERCERO.- ADVERTIR al Ciudadano Daniel Felipe Ardila Sepúlveda, quien obra en representación de la menor María José Ardila Callejas que cuenta con un término de un mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia, para acercarse al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a fin de que esa entidad valore la aptitud de la menor para recibir la aplicación de la vacuna o si es menester realizar un tratamiento

alternativo de prevención del contagio de las enfermedades rotavirus y neumococo.

CUARTO.- ORDENAR a la EPS Coomeva que, en el evento en que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses considere que la menor María José Ardila Callejas resulta apta para recibir el suministro de las vacunas contra el rotavirus y neumococo, deberá proveerlas en un término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la comunicación del respectivo informe. En caso de no ser apta, la entidad deberá seguir el tratamiento médico alternativo que indique el Instituto para efectos de evitar el contagio de dichas enfermedades por parte de la menor, para cuya iniciación contará con el mismo término indicado en el presente numeral.

QUINTO.- INSTAR al Defensor del Pueblo para que haga seguimiento de la estricta observancia de lo ordenado en el presente fallo e informe a la Corte Constitucional sobre el particular.

LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General