



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO DIECIOCHO DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C

ACCIÓN DE TUTELA
No. 1100131100-18-2021-00297-00

Bogotá D.C., DIECIOCHO (18) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

Procede el despacho a emitir fallo dentro del presente trámite de tutela interpuesto por LAURA JIMENA PARRA CIFUENTES y FABIO ANDRÉS LÓPEZ GIL, en contra de MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, por la presunta vulneración de sus derechos a la "salud, en conexidad con los derechos fundamentales a la vida e integridad personal".

I. ANTECEDENTES

Los accionantes fundamentaron el amparo solicitado en los siguientes hechos:

"1. El día 23 de julio de 2020, JUAN ANDRÉS LÓPEZ PARRA, hijo de los acá accionantes, con 3 meses de vida, ingresó a la Clínica Pediátrica de Colsanitas en la ciudad de Bogotá, donde después de episodios de vómito y somnolencia, durante su estancia en la institución presentó dificultad respiratoria. Sin causa aparente, la primera sospecha era que el niño cursaba infección de covid 19, toda vez que la literatura indicaba que niños presentaban mismos síntomas a raíz del mismo, sin embargo la prueba salió negativa. Su cuadro clínico fue empeorando hasta llegar a un choque cardiogénico que requirió de mucho soporte farmacéutico, ventilación de alta frecuencia y diálisis.

2. El 24 de julio de 2020, le realizan un ecocardiograma, donde se llegó la conclusión de que sus problemas médicos se debían a una miocarditis fulminante del ventrículo izquierdo, debió a un presunto virus (en Colombia las pruebas virales son limitadas).

3. Debido al deterioro de su salud, el 25 de julio de 2020, los médicos llegaron a la conclusión de que su única posibilidad para sobrevivir era ser sometido a terapia ECMO1venoarterial (menos del 5% de probabilidad de sobrevivencia).

4. Dicho día, por parte del equipo de ECMO de la Fundación Clínica Shaio, le fue colocado el ECMO y trasladado a la mencionada institución.

5. El 29 de julio de 2020 se decide intervención quirúrgica a fin de realizar una atrioseptostomia para descomprimir el ventrículo izquierdo. Dicho día le realizaron un cateterismo, sin embargo no fue posible realizar la atrioseptostomia vía cateterismo por lo que se decide realizar cirugía a corazón abierto

13. [sic] El 13 de agosto, luego de lograr una recuperación de la fracción de eyección al 35%, se le retira el ECMO.

14. Durante su primera estancia en la clínica, curso varias infecciones tal como lo demuestra la historia clínica adjunta, así como arritmias.

15. El 24 de agosto de 2020 fue extubado y el 27 le quitan catéter de diálisis peritoneal.

16. El 5 de setiembre de 2020 llegan resultados virales positivos para citomegalovirus, posible causante de a miocarditis y se empieza tratamiento.

17. El 11 de septiembre de 2020, se evidencia la presencia de parálisis diafragmática derecha, por lo que realiza una plicatura diafragmática por toracoscopia, la cual se realiza el 17 de septiembre de 2020.

18. El 24 de septiembre de 2020 se le retira la sonda orogástrica por lo que se denota que estuvo 2 meses con una alimentación parenteral y debido a un quilotorax, una alimentación sin grasa llamada monogen, lo cual no suple a integridad los requerimientos nutricionales de un bebé en crecimiento.

19. En razón a todo lo sucedido, JUAN ANDRÉS tiene manejo médico para su falla cardiaca y arritmias y fue remitido a casa el 5 de octubre de 2020.

20. El 6 de agosto, luego de hacerle exámenes de seguimiento, nos llamaron del laboratorio para avisarnos que sus eletrolitos y función renal estaban alterados, motivo por el cual nos dirigimos a urgencias de la Clínica Pediátrica de Colsanitas a fin de que revisaran lo sucedido, y concluyeron que tenía un trastorno electrolítico y queda hospitalizado.

21. Sin embargo, y por motivos que aún desconocemos, con los días fue empeorando su estado de salud, donde se vieron de nuevo comprometidos sus riñones y su corazón, motivo por el cual, el 11 de noviembre fue trasladado a la Fundación Clínica Shaio–Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos-de nuevo con choque cardiogénico.

22. Durante su estancia en la Fundación Clínica Shaio volvió a presentar arritmias, las cuales se encontraban controladas farmacológicamente.

23. El 2 de diciembre de 2020 fue dado manejo ambulatorio, con diagnóstico nuevo de inmunodeficiencia, motivo por el cual tuvo varias dosis de pentaglobulinas.

24. Posterior a la fecha mencionada, ha tenido 2 hospitalizaciones, una en febrero de 2021 y una en abril de 2021, la primera debido a nueva presencia de arritmias, y la segunda por una gastroenteritis.

25. Debido a sus enfermedades, JUAN ANDRÉS LÓPEZ PARRA continua en recurrentes chequeos médicos con nefrología, cardiología, neurología, gastroenterología, pediatría, nutrición, terapia física (3 veces a la semana), terapia fonoaudiológica(2 veces a la semana) así como exámenes de laboratorio, electrocardiogramas, ecocardiogramas y holter.

26. Si bien es un niño que actualmente tiene un año, tiene varias comorbilidades lo cual lo hacen vulnerable a la hora de enfrentarse a un virus como el covid-19, y, teniendo en cuenta que sólo se vacunan niños mayores a 16 años en la tercera etapa, consideramos que a fin de protegerlo, y generar una igualdad, se debe vacunar a sus cuidadores, en este caso sus padres FABIO ANDRÉS LÓPEZ GIL, LAURA JIMENA PARRA CIFUENTES.

27. Consideramos que el Decreto N° 109 de 2021 fue restrictivo a la hora de considerar la protección de menores de 16 años que también cuentan con comorbilidades, como es el caso de mi hijo, a fin de generar mecanismos de protección contra esta población que si bien no se ha visto tan afectada por el covid-19, si

ha habido casos graves y se dificulta si el niño presenta comorbilidades. Lo anterior iría al tenor de los principios orientadores del Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19.

28. Es así como en Estados Unidos, en algunos estados, han visto prioritario vacunar a cuidadores de niños con historias clínicas importantes:

[...]

¿Como cuidador de mi hijo, también soy elegible de ser vacunada? En Massachusetts, tanto los cuidadores pagados como los no pagados que atienden directamente a ciertas personas médicamente complejas tienen prioridad para la vacunación COVID-19 dentro de la Fase 1. Estos son pacientes que requieren servicios especializados, residen en su hogar o en la comunidad, han sido determinados por el estado (ya sea por MassHealth u otra agencia estatal) para estar en un centro de enfermería de nivel institucional de atención debido a una discapacidad o afección médica, y requerir el apoyo de cuidadores esenciales no remunerados donde el cuidador esencial no puede razonablemente aislarse o ponerse en cuarentena sin transferirse el individuo médicamente complejo a un entorno institucional de atención.

Dentro de las enfermedades consideradas en Massachusetts en correlación a lo expuesto por la CDC crítica la hora de exponerse al covid-19 están condiciones cardíacas tales como falla cardíaca, falla renal e inmunodeficiencia 2. Es así como la CDC establece que la evidencia reciente sugiere que niños con complejidad médica, con condiciones genéticas, neurológicas, metabólicas o con enfermedades coronarias, puede aumentar el riesgo para enfermedad severa por el COVID-19.

[...] MDHHS está avanzando con la vacunación de personas de Michigan de 50 años o más con afecciones médicas o discapacidades y familiares y tutores que cuidan a niños con necesidades especiales de atención médica. A partir del lunes 22 de marzo, la elegibilidad para vacunas se expandirá nuevamente para incluir a todos los ciudadanos de Michigan de 50 años o más. Hasta la fecha, más del 40% de los habitantes de Michigan de 65 años o más han sido vacunados.

Lo mismo sucede en estados tales como Carolina del Norte, Oregon, Tennessee, Washington, entre otros, los cuales calificaron como prioritarios, en fase 1, a cuidadores de niños con historias clínicas complejas.

Por último respecto de ese hecho, resaltamos el artículo de THE NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE, denominado Caring for the Caregivers —Covid-19 Vaccination for Essential Members of the Health Care Team, autores Meghan C. Halley, Ph.D., M.P.H. y Christina Mangurian, M.D., M.A.S.9, el cual resalta lo siguiente:

[...]

A medida que los estados de EE. UU. han desarrollado pautas para la vacunación Covid-19, algunos se han movido para incluir "cuidadores pagados o no pagados (incluidos padres o padres adoptivos) de niños o adultos médicamente frágiles que viven en casa" en la asignación de la vacuna de la Fase 1. Esta política es sorprendente respecto del reconocimiento los millones de cuidadores en los Estados Unidos de quienes dependen los proveedores de servicios médicos y sociales para brindar atención diaria a los miembros de la comunidad con enfermedades crónicas. Aunque esta política no debe reemplazar los esfuerzos para vacunar directamente a las personas elegibles con enfermedades crónicas o discapacidad, priorizar la vacunación de los cuidadores de personas médicamente frágiles tiene una amplia gama de beneficios.

Primero, los cuidadores son miembros integrales de los equipos de atención médica de los pacientes. Aunque los tipos específicos de atención que se brindan a las personas médicamente frágiles varían ampliamente, pueden incluir la administración de regímenes de medicación complejos, el seguimiento de los síntomas, la coordinación de la atención entre varios médicos y la gestión de las citas médicas. Sin embargo, a pesar de su papel esencial, los cuidadores han sido una fuente de controversia durante la pandemia, ya que los hospitales implementaron políticas restrictivas para los visitantes. **Vacunar a los cuidadores**

de pacientes hospitalizados con frecuencia protegería a los proveedores de atención médica y a otros pacientes hospitalizados.(resaltado fuera del texto original)

En segundo lugar, los cuidadores informales son una extensión fundamental del sistema de atención de la salud cuando los pacientes están en casa. **Durante la pandemia, también pueden ser el contacto más cercano del paciente y, por lo tanto, su principal fuente de riesgo de infección por Covid-19.(resaltado fuera del texto original)** Es posible que no se recomiende vacunar directamente a pacientes con ciertas afecciones médicas complejas, por ejemplo, aquellos con sistemas inmunitarios significativamente comprometidos o alergias graves, así como a niños menores de 16 años, debido a la falta de datos de seguridad sobre sus afecciones. Dar prioridad a la vacunación de los cuidadores permitirá que estos pacientes se beneficien de la protección de la vacuna incluso cuando ellos mismos no puedan vacunarse.

Finalmente, la vacunación puede comenzar a reducir el estrés que los cuidadores han soportado durante la pandemia. Incluso antes de Covid, los cuidadores tenían un mayor riesgo de malos resultados psicosociales y de salud, pero los datos recientes sugieren que más del 30% de los cuidadores pueden estar considerando seriamente el suicidio, en comparación con el 11% de la población general.⁴ La necesidad de proteger a los cuidadores se ha incrementado. quizás nunca haya sido tan urgente.

Aunque la justificación para priorizar la vacunación Covid-19 para los cuidadores es clara, la mejor forma de implementarla no lo es. Múltiples barreras de larga data impiden que nuestros sistemas de atención médica atiendan las necesidades de los cuidadores. Las barreras organizativas, políticas y de seguros, entre otras, pueden impedir que los médicos presten servicios directamente a los cuidadores que se encuentran al lado de la cama de los pacientes. Por lo tanto, aunque los cuidadores suelen pasar mucho tiempo en entornos de atención médica, muchos todavía luchan por satisfacer sus propias necesidades de atención médica(...).

Aunque existen muchas barreras, solo necesitamos mirar hacia atrás en la rápida expansión de la telemedicina en el último año para saber que nuestro sistema de atención médica puede superar las barreras que antes se percibían como insuperables cuando se enfrenta a una necesidad crítica. Creemos que ahora se necesitan mejores soluciones a este problema. Hoy en día, los cuidadores elegibles están sentados junto a las camas de los hospitales en todo el país; allí pueden vacunarse. Se pueden involucrar especialidades médicas específicas (por ejemplo, programas de trasplantes, centros de cáncer) para comunicarse activamente con los cuidadores de sus pacientes y facilitarles la vacunación. Los administradores del hospital pueden coordinar con los programas estatales y del condado que atienden a pacientes con necesidades médicas complejas para vacunar a los cuidadores cuando traen a las personas a las que atienden para recibir tratamiento. La vacunación con Covid-19 presenta un desafío, pero también una oportunidad para reconocer finalmente que la salud de muchos pacientes está directamente relacionada con la salud de sus cuidadores. Necesitamos facilitar, en lugar de complicar, el proceso de satisfacer las propias necesidades de los cuidadores.

29. En razón a lo anterior, el 3 de abril de 2020, procedimos a radicar ante el Ministerio de Salud un derecho de petición a fin de que fuésemos priorizados en la vacunación, a fin de proteger a JUAN ANDRÉS LÓPEZ PARRA.

30. El 20 de abril de 2020, el Ministerio de Salud contestó el derecho de petición, estableciendo lo siguiente, dejando a un lado el conocimiento y la variabilidad que este nuevo virus día a día genera, desconociendo la necesidad de cambiar y modificar las prioridades de la vacunación, toda vez que resulta inadecuado establecer parámetros estándar frente a un virus con resultados desconocidos, variables y que avanzan día a día con sus mutaciones. Esto, de la mano con la necesidad de proteger a niños médicamente vulnerables, que no fueron tomados en cuenta en el Decreto N° 109 de 2021.

En este sentido, la priorización planteada para Colombia en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social es el resultado de un trabajo minucioso, interinstitucional y multidisciplinario. Está en consonancia con el marco normativo subyacente del derecho fundamental a la salud en lo individual y en lo colectivo. Para su determinación, se consideró la evidencia científica disponible a la fecha, las características epidemiológicas específicas del país, principios bioéticos y recomendaciones de organismos internacionales referentes en salud pública. Esto, con el propósito de alcanzar el mayor grado de bienestar posible a partir de la aplicación de los biológicos disponibles en el tiempo.

Y si bien, el Ministerio de Salud reconoce el riesgo frente al cual se encuentra JUAN ANDRÉS LÓPEZ PARRA, establece que la vacunación no está dirigida a prevenir el contagio, sino a disminuir casos de gravedad, y que el vacunar a los padres no resultaría como una medida efectiva para evitar el contagio, cuando la realidad es que estudios han demostrado que la aplicación de la vacuna hace que si bien se pueda contraer el virus, su transmisión se reduzca en potencia, siendo la única forma de reducir el riesgo que presenta JUAN ANDRÉS LÓPEZ PARRA, al no poder ser vacunado y al no poder usar un tapabocas debido a su edad.

Conforme a lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social, reconoce el riesgo frente al cual se encuentra el lactante menor que cursa con secuelas de la presentación de la miocarditis fulminante; sin embargo, se precisa mencionar el mecanismo de acción de las vacunas desarrolladas y aprobadas hasta el momento, puesto que no se encuentran dirigidas a la prevención del contagio, sino a disminuir el impacto de los cuadros clínicos moderados y severos, y por ende, de los desenlaces relacionados, como la discapacidad y la muerte. Es decir, a pesar de aplicamos la vacuna persiste el riesgo de contagio por SARS- CoV-2 y de desarrollar COVID-19 en su presentación leve⁸, de ahí que la vacunación de los padres no resultaría una medida efectiva para los objetivos propuestos en su solicitud.

Es tanto así que la CDC ha expuesto lo siguiente:

[...] Los datos preliminares de Israel sugieren que las personas vacunadas con la vacuna Pfizer-BioNTechCOVID-19 que desarrollan COVID-19 tienen una carga viral cuatro veces menor que las personas no vacunadas. Esta observación puede indicar una menor transmisibilidad, ya que la carga viral ha sido identificada como una clave conductor de la transmisión.

Por último, el Ministerio de Salud expone que el riesgo que presenta JUAN ANDRÉS LÓPEZ PARRA al contraer el COVID-19, no es el mismo que presenta un adulto de 60 años y personal de salud, lo cual, en nuestra visión es discutible en razón a todas las comorbilidades que ostenta mi hijo. No se puede equiparar riesgos de dos personas de distinta edad sin saber si presentan cuadros clínicos que lo ponen en un riesgo mayor a la hora de exponerse al COVID-19. Y es tanto así que se tuvo en cuenta para la tercera fase, mayores de 16 años que presenten comorbilidades.

Por esta razón, no podemos admitir en este momento la solicitud realizada, considerando además que su riesgo no se podría comparar con el riesgo de la población mayor de 60 años y el del talento humano en salud que se encuentra en ejercicio de su profesión; no obstante, si alguno de los padres cumple con los criterios de las poblaciones priorizadas en las etapas 1, 2 o 3 indicadas anteriormente, ya sea por edad o por condiciones de salud, se podrán vacunar en la etapa que les aplique. Es necesario tener en cuenta que, si una persona cumple criterios para más de una etapa dentro de la priorización, primará aquella que le permita recibir con mayor prontitud la vacuna contra el COVID-19.

”.

II. PRETENSIONES

Los actores de la súplica constitucional solicitaron: “Tutelar el derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida en consecuencia” y, por esta vía, “Ordenar al MINISTERIO DE SALUD y en consecuencia a la E.P.S SANITAS o quien corresponda, que suministre la vacuna contra el COVID-19, en la etapa 3, o antes de verlo necesario, con base en lo mencionado en los hechos y en el Decreto N° 109 de 2021, artículo 9, a los cuidadores de JUAN ANDRÉS LÓPEZ PARRA”.

III. TRÁMITE PROCESAL

- 3.1** La acción de tutela fue radicada el día 3 de mayo de 2021, a las 5:20 p.m., esto es fuera del horario laboral, por lo que se entiende recibida el siguiente día hábil es decir el 4, del mismo mes y año, correspondiéndole por reparto a este despacho.
- 3.2** Por auto del 4 de mayo de 2021, este juzgado admitió la acción constitucional ordenando notificar al accionado e igualmente se le ordenó contestar cada uno de los hechos en que se fundamenta la presente tutela y allegar las pruebas que creyera pertinentes.
- 3.3** De igual manera, se ordenó vincular a la acción de tutela a la CLÍNICA PEDIÁTRICA COLSANITAS BOGOTÁ y a la FUNDACIÓN CLÍNICA SHAIÓ, para idénticos fines y dentro del mismo término concedido a los accionados.
- 3.4** Por auto del 12 de mayo de 2021, se ordenó requerir a los accionantes para que allegaran el registro civil de nacimiento del menor, para acreditar su legitimación en la causa por activa.
- 3.5** En decisión de la misma fecha se ordenó la vinculación de la **EPS SANITAS, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** y a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, otorgando el término de 24 horas para que se pronunciara sobre los hechos.

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA

4.1 MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Señaló que, únicamente, se pronuncia sobre los hechos que se relacionan con el ejercicio de sus funciones, establecidas en el Decreto 4107 de 2011.

Indicó que “El Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19 adoptado por medio del Decreto 109 de 2021 a través de priorización inicial apunta a proteger los daños más graves e inmediatos sobre la vida, la salud y la dignidad de los habitantes del territorio colombiano, es decir, nadie está excluido, lo que sucede es que la vacunación se ira ejecutando gradualmente, con el objetivo de lograr la reducción de la mortalidad por COVID-19, la disminución de la incidencia de casos graves y la protección de la población que tiene alta exposición al virus, entre otras, cuyo orden ha sido establecido a partir de unos criterios éticos, epidemiológicos y demográficos, que priorizan a las personas con más riesgo de enfermar gravemente y morir por COVID-19. Es así como el Plan Nacional de Vacunación plantea una priorización bajo criterios poblacionales, evidenciándose, de acuerdo con lo reportado en la literatura científica internacional y los análisis hechos en Colombia, que el principal factor de riesgo de hospitalización y muerte por COVID -19 es la edad. En el país el 78,4% de las muertes por COVID 19 ocurren en los mayores de 60 años; así mismo, los mayores de 65 años presentan un riesgo de morir entre 1.100 hasta 7.900 veces más, comparado con la población menor de 18 años. Ahora bien, el Ministerio está trabajando de manera ardua para que algunas condiciones de salud que no se encuentran en la etapa 3 sean evaluadas antes de empezar esta etapa, con el fin de definir si se pueden incluir o no. Es importante precisar que la inclusión de nuevas condiciones de salud en el listado contenido en el numeral 7.1.3.1 del Artículo 7 del Decreto 109 de 2021, sólo se podrá hacer, previo análisis y recomendación del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud –IETS, por lo cual se sugiere estar atentos a las modificaciones y actualizaciones que se realicen desde el Ministerio.

Resaltó: si bien el Ministerio de Salud y Protección Social reconoce el riesgo frente al cual se encuentra el lactante menor que cursa con secuelas de la presentación de la miocarditis fulminante; el mecanismo de acción de las vacunas desarrolladas y aprobadas hasta el momento, no se encuentra dirigido a la prevención del contagio, sino a disminuir el impacto de los cuadros clínicos moderados y severos, y por ende, de los desenlaces relacionados, como la discapacidad y la muerte. Es decir, a pesar de aplicar la vacuna persiste el riesgo de contagio por SARS- CoV-2 y de desarrollar COVID-19 en su presentación leve, de ahí que la vacunación de los padres accionantes no resultaría una medida efectiva para lo pretendido.

Por esta razón, esta Cartera Ministerial no puede acceder de manera favorable a la solicitud realizada, considerando además que su riesgo no se podría comparar con el riesgo de la población mayor de 60 años y el del talento humano en salud que se encuentra en ejercicio de su profesión; no obstante, si alguno de los padres cumple con los criterios de las poblaciones priorizadas en las etapas 1, 2 o 3 indicadas anteriormente, ya sea por edad o por condiciones de salud, se podrán vacunar en la etapa que les aplique. Es necesario tener en cuenta que, si una persona cumple criterios para más de una etapa dentro de la priorización, primará aquella que le permita recibir con mayor prontitud la vacuna contra el COVID-19.

[...] Señor Juez, en el marco del Plan Nacional de Vacunación, adoptado a través del Decreto 109 de 2021, artículos 9, 10 y 11, esto es, postulación ante la entidad responsable de su aseguramiento, manifestación del desacuerdo de la etapa asignada e instancia de revisión, respectivamente, los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden solicitar que las entidades responsables del aseguramiento, el médico tratante, secretarías de salud y/o Superintendencia Nacional de Salud, verifiquen la asignación efectuada, y conforme a los criterios de priorización, accedan o no al cambio de la etapa inicialmente asignada, situación en virtud de la cual la acción de tutela se torna improcedente, tal y como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991”.

Argumentó la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no ha violado derecho fundamental alguno de los accionantes.

También hizo referencia a las acciones efectuadas por esa cartera: “este ente Ministerial en los términos de los artículos 591 y 592 de la Ley 9 de 1979, que establecen en materia de vigilancia y control epidemiológico que, **la vacunación es una medida preventiva sanitaria** y por ende reconoce la preocupación de todo el personal en salud por el pronto acceso al programa de vacunación; por ello se definieron las fases del Plan Nacional de Vacunación, no sin antes tener en cuenta que el suministro de la vacuna **contra la Covid-19 se encuentra condicionado por la alta demanda y por las capacidades limitadas de producción y distribución.**

[...] Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en declaración del 27 de noviembre de 2020, reconoció que las circunstancias complejas de la emergencia de salud global por el COVID-19 hacen que sea imposible garantizar a todas las personas un acceso inmediato a las vacunas, incluso si muchas son aprobadas en poco tiempo. Señaló el Comité que, en atención a esta situación, los Estados deben acudir a criterios de priorización basados en razones de salud pública, las cuales incluyen dar prelación, por ejemplo, a los trabajadores de la salud y a aquellas personas que tengan el mayor riesgo de desarrollar afectaciones graves a su salud producto del contagio del virus SARS-CoV-2, ya sea por su edad o por sus condiciones preexistentes.

Añadió: "En Colombia se expidió la Ley 2064 de 2020 por medio de la cual se declaró de interés general la estrategia para la inmunización de la población colombiana contra el COVID-19 y estableció que las vacunas deben ser priorizadas para los grupos poblacionales que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social, de acuerdo con la estrategia de vacunación adoptada. Que, dado que las vacunas disponibles son escasas y requieren de una planeación logística detallada para su aplicación final al beneficiario, es necesario que se prioricen estrictamente los grupos poblacionales de mayor vulnerabilidad, de acuerdo con los datos epidemiológicos y de salud pública disponibles en el mundo en relación con el SARS-CoV-2".

Se refirió a la expedición del Marco de valores Sage de la OMS, en septiembre de 2020, para la asignación de las vacunas y el establecimiento de prioridades en el proceso de vacunación y a la hoja de ruta emitida por la misma organización para el suministro de vacunas en contextos limitados.

Además indicó que el plan de vacunación obedece al principio de eficiencia, que permite la maximización de los beneficios obtenidos a partir de los recursos limitados; y al principio de la solidaridad, donde el beneficio personal debe ceder ante el beneficio colectivo, sin que esto implique la renuncia de derechos individuales. Así mismo, busca desarrollarse en unas condiciones de igualdad, eficacia, solidaridad, beneficencia, equidad, universalidad, justicia social, progresividad y prevalencia del interés general.

Explicó las etapas del plan nacional de vacunación y se refirió a la improcedencia de la tutela por no cumplir con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, al pretender por este medio modificar los criterios de priorización, sin agotar las instancias diseñadas, máxime cuando lo atacado está contenido en el Decreto 109 de 2021, mediante el cual se adoptó el plan mencionado y en el que se define la manera de resolver el desacuerdo con la etapa asignada, acto administrativo que, de ser el caso, puede ser atacado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Solicitó declarar la improcedencia de la acción y exonerar a ese ministerio, dado que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de los accionantes.

4.2 FUNDACIÓN CLÍNICA SHAI0

Hizo referencia a los servicios prestados al menor y afirmó que la clínica no ha sido un impedimento para su atención, aunado a que no es la entidad llamada a satisfacer las pretensiones de la tutela, por lo que solicitó su desvinculación del trámite.

4.3 CLÍNICA PEDIÁTRICA COLSANITAS BOGOTA

Dentro del término no otorgado no contestó la acción.

4.4 EPS SANITAS

Señaló la existencia de un proceso para los casos en que la población quieran manifestar su desacuerdo respecto de la etapa de vacunación que les corresponda, el cual se encuentra definido en el Decreto 109 de 2021.

Manifestó que el Plan Nacional de Vacunación es una norma de carácter general, por lo que no se puede controvertir por vía de tutela, ya fue establecido en sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, sumado a que de hacerlo se estaría desconociendo el derecho colectivo a la salud pública, el cual prima sobre los intereses particulares.

Solicitó negar las pretensiones de los accionantes y dado que ha brindado a los petentes todos los servicios ordenados por el médico tratante, asevera que ha cumplido con su deber de aseguramiento en salud.

Aclaró que los actores no presentan ninguna comorbilidad registrada y mencionada en el art. 7.1.3.1 del Decreto 109 de 2021, por lo que su inconformidad debe ser tramitada en la página web “Mi Vacuna” para programar la atención médica que allí se contempla.

Además indicó que, dado que los accionantes se encuentran dentro de la etapa 5, pueden efectuar postulación para que se evalúe tal fase y se estudie su caso.

Afirmó que ha actuado de acuerdo con la normatividad vigente y ha garantizado la prestación de servicios médicos que han requerido los usuarios, por lo que solicitó declarar improcedente la acción de tutela, pues tampoco cumple con el requisito de subsidiariedad y desconoce una norma de orden general y abstracta.

4.5 SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ

Se refirió a las acciones adelantadas en materia de salud frente al COVID -19 y las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para mitigar el impacto de la pandemia.

Hizo alusión al Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como al Plan Nacional de Vacunación y sus objetivos.

Señaló que, en el Decreto 049 de 2021, expedido por la Alcaldía Distrital de Bogotá, en cumplimiento del Decreto 109 de 2021, por el cual se dictaron los lineamientos sobre el Plan de Vacunación en la ciudad capital, se estableció en el art. 7º la creación y reglamentación de una instancia de revisión intersectorial para analizar los casos sometidos a revisión por parte de las personas que hayan recibido una respuesta negativa de los generadores primarios de la información, cuando hayan presentado inconformidad con la etapa en la que les corresponde ser vacunados. Lo anterior en concordancia con el art. 10º del Decreto expedido por el Gobierno Nacional.

Afirmó que dicha instancia de revisión no ha recibido casos en que el generador primario de la información haya emitido respuesta negativa frente a la reclamación realizada en relación con la etapa asignada, aunado a que en el escrito de tutela, tampoco se indica haber dado curso al procedimiento, por lo que la instancia no se ha agotado y, por tanto, la tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad de la tutela.

Por ello, solicitó desvincular a esa secretaría del presente trámite y, además, en razón a que no ha vulnerado derecho alguno de los accionantes se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva.

4.6 SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Señaló que no es responsabilidad de esa entidad manejar las bases de datos de los afiliados al SGSSS, ni tampoco la elaboración de listas de priorizados para la aplicación de la vacuna contra el COVID -19.

Así mismo se refirió al mecanismo creado en el Decreto 109 de 2021 para la solicitud de corrección para cambio de etapa, por lo que los accionantes deben acudir ante su aseguradora.

Mencionó a la hoja de ruta del SAGE de la OMS para el establecimiento de prioridades en el uso de vacunas contra la COVID-19 en un contexto de suministros limitados.

Indicó que no tiene legitimación en la causa por pasiva dentro del presente trámite, por lo que solicitó su desvinculación y declarar improcedente la acción de tutela.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela, aspectos generales

Establece el artículo 86 de la Constitución de 1991 la acción de tutela, constituyéndola como mecanismo preferente y sumario, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales que hayan sido conculcados, por acción u omisión de las autoridades o de los particulares.

2. Problema Jurídico y tesis del despacho

Teniendo en cuenta los antecedentes fácticos expuestos en precedencia, el problema jurídico que debe dilucidar el despacho se concreta en establecer, sí:

¿Se vulneró por parte del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y/o demás entidades vinculadas, el derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida de los accionantes, al no haber autorizado la aplicación de la vacuna contra el COVID -19, como cuidadores del menor JALP?

3. Caso concreto.

Sea lo primero precisar que la Ley 1751 de 2015, en su artículo 2º indicó:

"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado".

En virtud del anterior precepto normativo, corresponde al Estado desplegar una serie de actuaciones positivas para garantizar a sus coasociados el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

Ahora bien, en la norma citada se estableció que el derecho a la salud implica una serie de elementos y principios:

"El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente.

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad.

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información.

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida.

b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas.

c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección.

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones.

f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años.

g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación.

i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades

k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población.

l) [...]

m) [...]

n) [...]

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección”.

En lo relativo a la salud la jurisprudencia constitucional ha señalado: “Toda persona tiene el derecho de acceso a la protección y recuperación de su salud, el cual se encuentra a cargo del Estado y que debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993 “por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud (...) Asimismo, la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible”¹.

En ese sentido, el derecho a la salud implica el acceso a los servicios indispensables para su preservación y que su prestación sea digna, por lo que negar cualquiera de estos componentes constituye la vulneración de esta prerrogativa.

Conforme lo expuesto, al considerarse el derecho a la salud como fundamental, *prima facie* surge la procedencia de la acción de tutela para amparar su protección, en la medida en que corresponde al Estado garantizar que todas las personas de su territorio tengan acceso a la prestación de los servicios que propendan por conservar su estado de salud en las mejores condiciones posibles, dentro de un ámbito de igualdad, disponibilidad, accesibilidad, continuidad y oportunidad, entre otros.

No obstante lo anterior, se tiene que, con ocasión a la pandemia originada por el coronavirus, el Gobierno Nacional ha implementado una serie de estrategias encaminadas a mitigar el impacto del virus en la población y prevenir el contagio de la COVID -19, entre las que se encuentran el Plan Nacional de Vacunación adoptado en el Decreto 109 de 2021.

En dicho documento se establecen las etapas de inoculación, teniendo en cuenta el marco de valores del SAGE de la OMS para la asignación de vacunas y el establecimiento de prioridades en la vacunación, expedido por el grupo de expertos de esa organización.

Además de ello, debe considerarse que las vacunas adquiridas por el Estado colombiano están disponibles, pero de manera gradual, conforme la producción y entrega que las diferentes farmacéuticas vayan efectuando.

Igualmente en el Plan desarrollado, el Gobierno Nacional tuvo en cuenta, de acuerdo con la evidencia disponible, los grupos poblacionales más vulnerables al COVID-19, por la tasa de mortalidad y efectos en la salud que evidencia, para efectos de incluir a la población colombiana en las diferentes etapas de vacunación, con observancia de los principios de solidaridad, eficiencia, beneficencia, prevalencia del interés general, equidad, justicia social

¹ T-062 de 2017.

y distributiva, transparencia, progresividad, enfoque diferencial, acceso y accesibilidad e igualdad.

Allí se señaló además, la manera en la que cualquier interesado puede manifestar su desacuerdo de la etapa asignada:

"Artículo 9. Postulación de pacientes con diagnósticos priorizados no incluidos en los listados nominales. Los usuarios entre 16 y 59 años que consideren tener alguna de las condiciones de salud establecidas en el presente decreto que dan lugar a la priorización en etapa 3 y no se encuentren identificados dentro de la misma, deben presentar postulación ante la entidad responsable de su aseguramiento.

La entidad responsable del aseguramiento deberá emplear el mecanismo que resulte más expedito en cada caso para corroborar la información del postulante, bien sea la asignación prioritaria de una cita para valoración médica, o la revisión de la información registrada en la historia clínica del paciente y evaluada por un médico de la red de prestadores de servicios de salud de la Entidad Promotora de salud, del administrador de los regímenes especiales o de excepción o de la entidad territorial.

En virtud de la autonomía médica, la conclusión a la que llegue el médico que realiza la valoración del postulante no puede ser variada por la entidad responsable del aseguramiento en salud. La información de la atención en salud realizada debe quedar registrada en la historia clínica del paciente.

Una vez obtenido el resultado de la verificación, la entidad responsable del aseguramiento en salud informará dicho resultado tanto al Ministerio de Salud y Protección Social como al postulante.

La entidad responsable del aseguramiento en salud contará con un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la presentación de la postulación, para realizar el reporte al Ministerio de Salud y Protección Social. No obstante, si la valoración de la persona entre 16 y 59 años amerita la realización de consultas especializadas o exámenes, el resultado de su condición o comorbilidad deberá reportarse en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir de la presentación de la postulación. En caso de cáncer, el plazo máximo será de treinta (30) días hábiles.

Si el reporte indica que el postulante tiene la condición de salud que da lugar a la priorización, el Ministerio de Salud y Protección Social procederá a incluirlo de manera inmediata en la base de datos de la población priorizada en etapa 3, para su posterior agendamiento por parte de la entidad responsable del aseguramiento. Parágrafo.

La Superintendencia Nacional de Salud vigilará que el mecanismo de postulación funcione oportunamente.

Artículo 10. Manifestación del desacuerdo de la etapa asignada. Si alguno de los habitantes del territorio nacional no está de acuerdo con la etapa que le fue asignada y reportada en los listados nominales, puede presentar la reclamación correspondiente al responsable de la fuente de la información que permitió la clasificación en la etapa asignada.

Los responsables de las fuentes de información deben dar respuesta directamente al ciudadano y, en caso dado, actualizar la información con los cambios que se hayan considerado pertinentes.

Parágrafo 1. Los responsables de las fuentes de información serán publicados en la plataforma MIVACUNA COVID-19 e informados a las entidades territoriales municipales para su difusión.

Parágrafo 2. El Ministerio de Salud y Protección Social, creará una mesa de seguimiento a las reclamaciones presentadas por los habitantes del territorio nacional mediante los mecanismos establecidos tanto en el artículo 9 como en el presente artículo".

En el caso bajo examen se tiene que los accionantes solicitan que, por vía de tutela, se ordene al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y, en consecuencia a SANITAS EPS, suministrar " la vacuna contra el COVID-19, en la etapa 3, o antes de verlo necesario, con base en lo mencionado en los hechos y en el Decreto N° 109 de 2021, artículo 9, a los cuidadores de JUAN ANDRÉS LÓPEZ PARRA".

Lo anterior, dado que, el menor padece una serie de patologías que lo ponen en riesgo de contraer la enfermedad COVID 19 y, al ser ellos sus padres y cuidadores, buscan protegerlo mediante la inmunización que pretenden por esta mecanismo.

En ese sentido, surge para este despacho que la acción constitucional invocada no está llamada a prosperar por cuanto la tutela tiene un carácter subsidiario y residual, que no puede entrar a remplazar las acciones que deben adelantarse por la vía ordinaria.

En ese sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, por el cual fue reglamentada la acción de tutela, señala que no procederá:

“[...] **Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales**, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”². (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Es así como, la acción de tutela, solamente resulta procedente cuando se busca proteger un derecho fundamental, siempre y cuando no exista ninguna otra vía a la cual pueda acudir el peticionario, a fin de que no se vulnere su derecho o, en otras palabras, únicamente ante la ausencia de un medio judicial o administrativo que permita la protección del derecho fundamental, se puede invocar su amparo por vía de tutela.

Ello significa, en el caso que nos concita que, al no configurarse el escenario descrito, no sería la acción de tutela el mecanismo eficaz para la garantía de los derechos de quienes acuden a esta sede judicial para la protección los mismos, por cuanto lo pretendido por el accionante debe realizarse, tal como se expuso, mediante el procedimiento descrito en los arts. 9° y 10° del Decreto 109 de 2021, ante la EPS SANITAS, encargada del aseguramiento y reporte de la información, lo cual no se acreditó en el presente trámite.

Téngase en cuenta que existe un procedimiento que debe efectuarse en sede administrativa, que no puede pretermirse, mediante tutela.

Ahora bien, si en gracia de discusión, se aceptara que el amparo se solicita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aunque explícitamente no fue invocado por la parte actora, tampoco resulta procedente la protección, pues de accederse a ello, se estarían desconociendo los principios de beneficencia, prevalencia del interés superior, equidad e igualdad que rigen el Plan Nacional de Vacunación y, en el que se definieron las etapas para proporcionar la inmunización, atendiendo a la evidencia científica de contagio y el mayor riesgo de mortalidad que tienen los grupos poblacionales, ya sea por su edad, comorbilidades o actividades

² Art. 6° Decreto 2591 /91

laborales, conllevando a la vulneración del derecho a la igualdad de los demás colombianos que están a la espera de ser vacunados.

En ese orden de ideas, no queda camino distinto que negar el amparo constitucional, habida consideración que no se advirtió por parte de la parte accionada, vulneración alguna de los derechos fundamentales de los accionante.

Finalmente, como quiera que tampoco se encontró que las entidades convocadas hayan infringido los derechos fundamentales de los actores, se ordenará su desvinculación del presente trámite constitucional.

Por lo anterior, se

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho de Familia del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR LA TUTELA de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida invocada por LAURA JIMENA PARRA CIFUENTES y FABIO ANDRÉS LÓPEZ GIL, conforme lo indicado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional a las demás entidades convocadas a esta acción, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Comuníquese la presente decisión a los intervinientes por el medio más expedito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En caso de no ser impugnado, remítase las actuaciones a la Corte Constitucional para una eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MÓNICA EDITH MELENJE TRUJILLO
JUEZ