



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procuradora General

Bogotá, D.C., 19 DIC 2016

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.



Ref.: **Demanda de inconstitucionalidad contra un apartado del artículo 1° de la Ley 1626 de 2013 “Por medio de la cual se garantiza la vacunación gratuita y obligatoria a la población colombiana objeto de la misma, se adoptan medidas integrales para la prevención del cáncer cérvico uterino y se dictan otras disposiciones”-**

Accionante: James Abello Castillo y Carlos Saúl Martínez Núñez.

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Expediente D-11706

Concepto

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 2° y 5° de los artículos 242 y 278 de la Constitución Política, respectivamente, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6°, y 242, numeral 1°, superiores, presentaron los ciudadanos James Abello Castillo y Carlos Saúl Martínez Núñez contra un apartado del artículo 1° de la Ley 1626 de 2013, cuyo texto se transcribe a continuación (subrayando lo demandado):

“Ley 1626 de 2013

(abril 2013)

‘Por Medio de la cual se garantiza la vacunación gratuita y obligatoria a la población colombiana objeto de la misma, se adoptan medidas integrales para la prevención del Cáncer Cérvico Uterino y se dictan otras disposiciones’

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1°. El Gobierno Nacional deberá garantizar la vacunación contra el Virus del Papiloma Humano de manera gratuita a todas las niñas entre cuarto grado de básica primaria y séptimo grado de básica secundaria.

Parágrafo. Para su efectivo cumplimiento, el Gobierno Nacional deberá tomar las medidas presupuestales necesarias”.

I. Planteamientos de la demanda

El accionante solicita a la Corte Constitucional que reemplace el texto demandado por uno que incluya a los niños y niñas que no se encuentren escolarizados y, de este modo, que se genere una ampliación de la cobertura de la población que se beneficie con la vacunación. En este sentido, considera que la norma es contraria a lo dispuesto en los artículos 13 superior, 24 de la Pacto de San José y 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Para sustentar lo anterior, sostiene que el artículo demandado implica un trato desigual e injustificado pues excluye a las niñas que no estén escolarizadas y aquellas que si lo están pero en grados distintos a los contemplados entre 4° y 7°, así como también a los niños, ignorando que el Virus del papiloma Humano (VPH), afecta a hombres y a mujeres. Además, destaca que *“que la OMS estima que la edad de vacunación oscila entre los 9 años hasta los 26, sin embargo, recomienda que por cuestiones de costo-eficacia, los Estados deben garantizar[la] por lo menos entre los 9 y los 13 años de edad, sin que nada tenga que ver la escolaridad”*.

Así mismo, aduce que los distintos tipos de cáncer que son producidos por el VPH no hacen distinción alguna por razón de la edad o el sexo y que a pesar de que el costo-eficacia es un factor importante a tener en cuenta, en todo caso no puede ser el único ni el determinante pues se debe garantizar el cubrimiento de servicios de salud a toda la población.

Por lo tanto, para el accionante con la norma demandada el legislador:

“no aplicó la igualdad desde la óptica de ser un Valor, Principio y Derecho, ya que desconoció y discrimino (Sic) de manera flagrante a las niñas y niños que no estudian o que no se encuentran cursando entre cuarto de básica primaria y séptimo de básica secundaria, ya que las clases de cáncer provenientes del virus del papiloma humano afectan a todas las edades y a los [...] niños [y]niñas que acuden al colegio así como a los que no [...] y resulta totalmente contrario a la igualdad (art. 13 C.N) que la vacuna contra el PVH solo se le garantice a las niñas estudiantes entre 4 y 7 grado, ya que ellas no son los únicos sujetos que requieren de esta vacuna, es decir las niñas que no estudian [también] la necesitan”.

En el mismo sentido, en la demanda se reitera que según la Organización Mundial de la Salud, la vacuna se debe garantizar por lo menos a las niñas entre los 9 y los 13 años, sin que se tenga en cuenta la escolaridad, cuestión que considera irrelevante desde todas las ópticas.

Finalmente, concluye que la exclusión de las niñas no escolarizadas de la vacunación contra el VPH configura una omisión legislativa relativa, por cuanto no existe una razón constitucional suficiente que justifique la distinción entre las niñas escolarizadas y las no escolarizadas para la prevención del cáncer.

2. Problema jurídico

En esta oportunidad debe determinarse si la expresión *“a todas las niñas entre cuarto grado de básica primaria y séptimo grado de básica secundaria”*, contenida en el artículo 1º de la Ley 1626 de 2013, es contraria al derecho a la igualdad de las niñas que se encuentren entre los mismos rangos de edades pero no se encuentran escolarizadas, así como de los niños que, así mismo, no están incluidos en el plan gratuito de vacunación allí establecido.

En efecto, es evidente que en este caso el aparte normativo demandado limita el beneficio de recibir la vacuna contra el VPH de forma gratuita y, por lo tanto, implica una afectación o al menos una amenaza al derecho a la salud, a la igualdad y a la vida de las niñas no escolarizadas que se encuentren en el mismo rango de edad que las niñas que cursen entre cuarto grado de básica primaria y séptimo grado de básica secundaria.

Al mismo tiempo, se advierte que la distinción realizada en este caso se basa en una situación de las niñas —no estar escolarizadas³— que no necesariamente ellas pueden elegir y que, por el contrario, incluso podría ser consecuencia de la violación de otro de sus derechos fundamentales, la educación⁴. De tal forma que es simplemente inaceptable que esta situación fáctica se use como un criterio que impida el acceso gratuito a los esquemas de vacunación contra el VPH, sobre todo cuando así se terminaría también afectando o amenazando gravemente el derecho a la salud de esas menores excluidas.

Ahora bien, lo importante es advertir que, todas las niñas, sin importar si están o no vinculadas a una institución educativa son sujetos de especial protección del Estado y deben ser tratadas en igualdad de condiciones y, por último, que todas ellas conforman un grupo poblacional que, por razón de su edad, sexo su vulnerabilidad, se encuentran en un estado de debilidad manifiesta.

³ En el mismo sentido es pertinente recordar que históricamente a las personas que no pueden o no desean recibir educación básica se le han limitado las oportunidades laborales y su calidad de vida se ve afectada por no poseer herramientas básicas que les permitan un mejor desenvolvimiento en el mundo actual, lo cual incluso constituye un patrón 'de valoración cultural' con el cual se menosprecia a ciertas personas. Cfr. Sentencia C-892 de 2012, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Artículo 67 Constitución Política "*El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica*".



Concepto 11.61.0

Lo anterior se puede concluir una vez revisada la Ley 1626 de 2013 en su integridad, pues allí no se hace referencia alguna a la vacunación de las niñas que se encuentren en el rango de edad específico antes señalado, pero que no estén escolarizadas, sino que, por el contrario, el texto normativo se limita a mencionar que la vacuna contra el Virus del Papiloma Humano se aplicará gratuitamente *“a todas las niñas entre cuarto grado de básica primaria y séptimo grado de básica secundaria”*, excluyendo, así, a las niñas que se encuentren en los mismos rangos de edad pero que por cualquier circunstancia no hagan parte del sistema escolar, como bien lo destacan los accionantes.

En efecto, aunque lo anterior podría encontrar justificación en los criterios de prevalencia y en la relación costo-efectividad pues, como es bien sabido, la vacunación precisamente se lleva cabo en las instituciones educativas para facilitar la administración de las vacunas⁵, esto no es suficiente para excluir a las menores no escolarizadas, posición que esta vista fiscal comparte con los accionantes.

Es más, se destaca que el mismo Ministerio de salud parece haber advertido dicha falencia normativa, por cuanto a través de la Circular Externa 00035 del 28 de agosto de 2015, reglamentó la Ley 1626 de 2013 y, como parte del fortalecimiento de las estrategias de vacunación contra el Virus del Papiloma Humano, hizo extensiva la vacunación a las niñas

⁵ Es importante resaltar que la Procuraduría General de la Nación realizó una intervención en el proceso de tutela T-5.190.041 en la cual puso de presente la importancia de que la decisión de los padres de vacunar o no a sus hijas sea producto de información clara y precisa acerca de sus beneficios y posibles efectos adversos, así como también se solicitó a la Corte Constitucional que tuviera en cuenta todas las distintas reacciones que ha producido la vacuna, de modo tal que se logre determinar si es necesario precisar qué factores (como es el caso de la presencia de enfermedades autoinmunes) pueden ser determinantes en la generación de efectos adversos en la salud de las personas vacunadas.

no escolarizadas entre los 9 y los 17 años. Así, se advierte que en dicha circular se estableció expresamente que

“[e]l Programa Ampliado de Inmunizaciones —PAI— es una prioridad para el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta que sus acciones apuntan a lograr resultados en salud, mediante la disminución del riesgo de enfermar y morir por enfermedades prevenibles por vacuna, razón por la cual se introdujo, desde el año 2012 al esquema nacional de vacunación, la vacuna contra el Virus del Papiloma Humano —VPH. El esquema completo contempla la aplicación de tres (3) dosis de vacuna, a las niñas entre cuarto grado de básica primaria y grado once de bachillerato que hayan cumplido 9 años y la población no escolarizada entre 9 y 17 años, formando parte de la estrategia mundial de salud de la mujer y los niños y lanzada durante la cumbre de los objetivos de desarrollo del milenio en septiembre de 2010. Así mismo, la vacuna contra el VPH hace parte de las acciones de prevención primaria incluidas en el Plan Obligatorio de Salud —POS—, y en conjunto con el tamizaje para la detección temprana de lesiones pre-neoplásicas y neoplásicas de cuello uterino como prevención secundaria, buscan disminuir la incidencia del cáncer de cuello uterino en las próximas décadas”⁶.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en lo concerniente a los niños (varones) pues, a diferencia de las niñas no escolarizadas, incluso la Academia Nacional de Medicina ha sostenido, en concordancia con la OMS⁷, que *“la vacunación contra el VPH para hombres no es recomendada como una estrategia prioritaria, especialmente en países con limitaciones económicas, dado que la evidencia disponible indica que se debe priorizar la reducción del cáncer de cérvix a través de programas eficaces y con altas coberturas de vacunación en niñas”⁸.*

En efecto, esto último sin lugar a dudas justifica que en Colombia, en atención a las limitaciones presupuestales y económicas, los niños no

⁶ Aunque la Ley 1626 de 2013 fue regulada por la Circular 35 de 2015, esta última no es objeto del juicio de constitucionalidad pero sí es útil como parámetro para entender la norma.

⁷ Human papillomavirus vaccines: WHO position paper, October 2014—Recommendations Vaccine. 2015 Aug 26;33 (36): 4383-4.

⁸ Oficio No. 3857 del 22 de noviembre de 2016, suscrito por Hernán Esguerra Villamizar, Presidente de la Academia Nacional de Medicina.

hayan sido incluidos dentro de la población que recibe la vacuna contra el VPH de forma gratuita, y esto aún a pesar de que se ha demostrado su efectividad en la disminución de enfermedades producidas por el virus⁹. Sobre todo considerando que los varones en todo caso pueden acceder a la vacuna, aun cuando no tenga financiación estatal¹⁰.

3.2. Necesidad de emitir una sentencia integradora

Habiéndose precisado, que en efecto existe una exclusión injustificada de las niñas que no se encuentran escolarizadas pero que están en el rango de edad recomendado para la aplicación de la vacuna contra el VPH,¹¹ es menester advertir la inconveniencia de declarar la inconstitucionalidad del aparte normativo acusado pues al proceder de esa manera se eliminaría la identificación de los sujetos a los cuales se dirige la vacunación gratuita contra el VPH, de tal forma *“que la declaratoria de inexecutable de la expresión normativa examinada, en lugar de corregir la inequidad identificada ocasionaría una situación de mayor desprotección”*¹².

Por lo anterior, esta vista fiscal considera que la Corte Constitucional debe proferir una sentencia integradora - aditiva, ya que de este modo se podría

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ De hecho “[p]ara septiembre de 2014, 57 países del mundo habían incluido la vacuna del VPH dentro de los programas nacionales de inmunización. A pesar de que la vacunación para hombres está aprobada, sólo 2 países la han incluido dentro de sus programas nacionales de vacunación: Estados Unidos en 2011 y Australia en 2013. Austria también recomienda la vacuna contra el VPH para niños y hombres, pero no provee financiación nacional”. Texto tomado del Oficio No. 3857 del 22 de noviembre de 2016, suscrito por Herman Esguerra Villamizar, Presidente de la Academia Nacional de Medicina, en el cual a su vez se hace referencia a la publicación de Herrero R, González P, Markowitz LE. Present status of human papillomavirus vaccine development and implementation. *Lancet Oncol.* 2015 May; 16 (5): e206-16.

¹¹ Para este despacho es evidente que aunque el ejecutivo a través del Ministerio de Salud reglamentó la Ley 1626 de 2013, esto no es óbice para que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del aparte demandado, pues la norma en efecto excluyó a un grupo poblacional vulnerable que debe ser protegido y por lo tanto se deben adicionar a las niñas entre los 9 y los 17 años que no estén escolarizadas como beneficiarias de la vacunación gratuita del VPH.

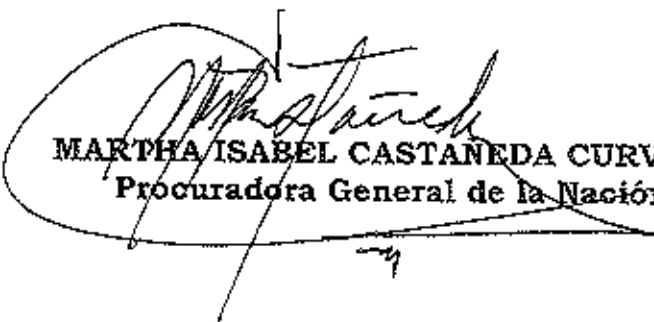
¹² Sentencia C-892 de 2012, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

equiparar a las niñas entre cuarto grado de básica primaria y séptimo grado de básica secundaria con aquellas que se encuentren en dicho rango de edad, de los 9 a los 17 años y, así, garantizar la aplicación gratuita de la vacuna contra el VPH a través de la Ley 1626 de 2013 a todas las niñas en ese rango de edad. Decisión que corresponde adoptar sin perjuicio de la reglamentación administrativa antes señalada, lo cual, si bien puede en la práctica tener el mismo efecto, en tanto se trata de una norma de menor jerarquía, en todo caso no elimina la omisión legislativa aquí advertida.

4. Solicitud

Por las razones expuestas, la Procuradora General de la Nación le solicita a la Corte Constitucional que declare la EXEQUIBILIDAD, de la expresión "*a todas las niñas entre cuarto grado de básica primaria y séptimo grado de básica secundaria*", contenida en el artículo 1° de la Ley 1626 de 2013, en el entendido que también incluye a las niñas entre los 9 y los 17 años que no estén escolarizadas.

De los señores magistrados,



MARTHA ISABEL CASTANEDA CURVELO
Procuradora General de la Nación

ABG/VFG

