

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Cambio de prótesis/DERECHO A LA SALUD DE PERSONA CON DISCAPACIDAD-Cambio de prótesis/DERECHO A LA SALUD-Suministro de prótesis es una prestación que se entiende cubierta por el POS

Resulta claro que el suministro de la prótesis que el peticionario requiere para caminar y desempeñar sus actividades cotidianas, es una prestación que se entiende cubierta por el Plan Obligatorio de Salud, como quiera que la función que este aparato cumple, es fundamental en la recuperación de la capacidad perdida a causa de la amputación de su pierna derecha. Además, en tanto que sujeto de especial protección constitucional tiene derecho a la rehabilitación y la integración social, procesos estos que se verían truncados ante la ausencia de la prótesis prescrita. Es por ello que la negativa de Cafesalud EPS a autorizar el cubrimiento del cargo económico de dicho aparato, vulnera el derecho fundamental a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud y en el Plan Obligatorio de Salud de manera autónoma, así como el derecho fundamental a la salud de una persona con discapacidad, por lo que no hay necesidad de probar la vulneración del derecho a la vida digna. La negativa de Cafesalud EPS a asumir el costo del suministro de la prótesis que requiere el ciudadano Isidro Higuera Garzón, vulneró su derecho fundamental a la salud, por cuanto el mismo tiene derecho a recibir las prestaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud y a que le sean reconocidas las prestaciones necesarias para lograr su rehabilitación y su integración social.

#### PRESUNCION DE VERACIDAD EN TUTELA

Esta Sala de Revisión no puede dejar pasar por alto que la decisión de la jueza de instancia de negar el amparo constitucional solicitado no tiene fundamento en consideraciones de fondo, a partir del análisis jurídico y fáctico del caso puesto a su consideración, sino en la ausencia de las pruebas de la prescripción de la prótesis solicitada, por parte del médico tratante, así como de la negativa de la entidad demandada de autorizar su suministro. Lo anterior es inadmisibles en este caso, pues además de que las afirmaciones hechas por la parte actora están revestidas de la presunción de veracidad amparada en el principio de buena fe, la propia entidad demandada reconoció que el médico tratante adscrito a la EPS prescribió el cambio de prótesis y que la entidad negó su suministro bajo la consideración de

que dicha prestación se encontraba excluida del POS. Por ello, en el presente caso no existía la menor duda de que las afirmaciones hechas por la parte demandante en el escrito de tutela eran veraces, a pesar de no haber aportado las pruebas documentales que así lo acreditaran.

Referencia: expediente T-1604508

Acción de tutela instaurada por Isidro Higuera Garzón contra Cafesalud EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Catalina Botero Marino, 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 9º 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 dictado por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Penal Municipal de Bogotá, en única instancia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Isidro Higuera Garzón contra Cafesalud EPS.

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Isidro Higuera Garzón, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela el 2 de marzo de 2007 contra Cafesalud EPS, con el objeto de que se ampararan sus derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana.

## Hechos

1.- El actor, quien es pensionado y tiene 78 años de edad, se encuentra afiliado en seguridad social en salud a Cafesalud EPS. Esta entidad le ha prestado los servicios relativos al

tratamiento que requiere para la enfermedad que padece hace aproximadamente ocho años, denominada "osteomielitis".

2.- Como consecuencia de dicha patología debió ser sometido a la amputación de su miembro inferior derecho por debajo de la rodilla.

3.- Su médico tratante prescribió el cambio de la prótesis que utilizaba, dado que la misma le causaba molestias adicionales. No obstante, cuando solicitó a la entidad demandada la autorización y suministro de dicho aparato, ésta emitió respuesta negativa, bajo el argumento de que la prótesis solicitada se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud POS y corresponde al peticionario financiarla directamente.

4.- El actor afirma que no cuenta con recursos económicos para cubrir el alto costo de la prótesis que requiere, ya que la pensión que recibe constituye el único medio de subsistencia para él y su familia<sup>1</sup>.

Solicitud de tutela

5.- El actor solicita que se tutelen los derechos invocados y, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada el suministro de la prótesis prescrita por el médico especialista adscrito a la EPS.

Intervención del Ministerio de la Protección Social

6.- En el auto admisorio de la acción de tutela, el Juzgado de conocimiento dispuso el traslado del escrito de solicitud de amparo constitucional al Ministerio de la Protección Social.

7.- Por escrito allegado el 9 de marzo de 2007 al Despacho judicial, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio indicó que a la EPS demandada corresponde suministrar la prótesis solicitada mediante la acción de amparo constitucional, por cuanto las prótesis cuya finalidad sea funcional, esto es, que sirvan para mejorar la capacidad física del paciente, se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, en los términos del artículo 12 de la Resolución No. 5261 de 1994.

Señaló, asimismo, que la principal función de las Entidades Prestadoras de Salud es justamente la de organizar y garantizar, ya sea directa o indirectamente, las prestaciones del

POS a los afiliados y a sus núcleos familiares en todo el territorio nacional, mientras perdure la relación contractual con sus afiliados, y cuya única excepción la constituye el abuso o la mala fe del usuario (Decreto 1485 de 1994, art. 14, num. 7°).

Intervención de la entidad demandada

8.- En escrito presentado el 13 de marzo de 2007, la apoderada judicial de Cafesalud EPS, solicitó al juez de conocimiento no acceder a las pretensiones del ciudadano Higuera Garzón. Argumentó para ello que la entidad no ha vulnerado sus derechos fundamentales, pues le ha prestado toda la atención a la que se encuentra obligada.

Manifestó que el paciente, con antecedente de “Amputación Transtibial del Miembro Inferior Derecho” ha sido atendido en la IPS Clínica Juan N. Corpas por el médico Ricardo Rodríguez, quien prescribió el cambio de la prótesis que el señor Higuera utilizaba.

No obstante, afirma, tal prótesis “no se encuentra incluida dentro de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud, [por lo cual] corresponderá al accionante sufragar directamente su costo, y en caso de que no cuente con los recursos económicos para el efecto, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes. (art.28 Decr. 806 de 1998)”.

Más adelante puntualiza que, de conformidad con el artículo 12 de la Resolución No. 5261 de 1994 (Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del POS), las únicas prótesis que se encuentran incluidas son aquellas de reemplazo articular, mientras que la solicitada por el peticionario no lo es, en tanto que la prótesis para miembro inferior derecho que él requiere lo que hace es reemplazar una parte del cuerpo que el paciente perdió, pero no se trata de un reemplazo articular como tal “entendiéndose como articulado aquello que une dos o mas partes para permitir movimientos”.

Al respecto, dice que el POS ha sido diseñado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, bajo los principios de solidaridad y universalidad, lo que explica la exclusión de algunos procedimientos y medicamentos. Así, “las entidades administradoras del mismo, pueden negarse, legítimamente, a prestar los servicios no contemplados en el aludido

catálogo -Artículo 177 de la Ley 100 de 1993-.”

Por último, recuerda que el juez constitucional tiene el deber de verificar la concurrencia de todas las hipótesis previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las exclusiones del POS, cuales son, de conformidad con las sentencias SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999: “a) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado. // b) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. // c) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema. // d) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante”.

Al realizar el análisis del caso que en esta ocasión se estudia, concluyó que la negativa de la entidad a autorizar y cubrir el costo de la prótesis solicitada no afecta “la preservación del derecho a la salud o la seguridad social en conexidad con la vida del paciente”, lo que torna improcedente esta acción de tutela.

Adicional a lo anterior, considera que el Estado es el responsable de la prestación reclamada, pues a éste corresponde garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud de las personas que, a pesar de pertenecer al régimen contributivo, carezcan de los recursos para financiar directamente los servicios no POS que requieran. Por ello, solicita que en caso de que la acción de tutela sea concedida, se ordene al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) - Ministerio de la Protección Social, subcuenta de compensación del régimen contributivo, pagar el 100% de los costos generados en los servicios prestados al peticionario, para lo cual tendrá un término máximo de diez (10) días luego de presentado el recobro.

Sentencia objeto de revisión

9.- El conocimiento de la tutela correspondió en única instancia al Juzgado Sesenta y Tres (63) Penal Municipal de Bogotá, que por sentencia del 20 de marzo de 2007 decidió denegar el amparo solicitado.

La jueza constitucional consideró que en el presente caso resultaba improcedente conceder el amparo, por cuanto en el expediente no obra prueba que acredite que un médico adscrito a la EPS demandada prescribió el cambio de prótesis al actor, a pesar de que el Despacho solicitó a su apoderado allegar copia de la orden médica, así como del formato de negación de su autorización.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

### Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

2.- El ciudadano Higuera Garzón, quien es un pensionado de 78 años de edad, sufrió la amputación de su pierna derecha a causa de la enfermedad que padece hace aproximadamente 8 años, denominada "osteomielitis". Su médico tratante prescribió el cambio de la prótesis que utilizaba, pero Cafesalud EPS negó su suministro, bajo el argumento de la exclusión de dicho aparato del Plan Obligatorio de Salud.

El Ministerio de la Protección Social, por su parte, afirma que de conformidad con el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones (Resolución No. 5261 de 1994, artículo 12), la prótesis prescrita al demandante sí se encuentra incluida en el POS, por cuanto se trata de un aparato para mejorar la capacidad física del paciente. Por tal razón, la EPS demandada está en la obligación de suministrarla sin que haya lugar al recobro contra el Fosyga.

3.- La jueza de única instancia denegó la protección solicitada, por considerar improcedente la acción de tutela ante la ausencia de las copias de orden médica y formato de negativa de la prótesis por parte de la entidad demandada.

4.- De acuerdo con los hechos reseñados, procede la Corte Constitucional a resolver las siguientes cuestiones: ¿resulta violatoria de los derechos a la salud y a la vida digna, la negativa por parte de una Entidad Promotora de Salud a autorizar el suministro de un aparato que se erige en condición necesaria para recuperar una función perdida, aun cuando

dicha negativa no sea potenciadora directa de la muerte del demandante?. De igual manera, en caso de que el anterior interrogante sea resuelto de manera afirmativa, esta Sala de Revisión deberá determinar si es procedente la acción de tutela para proteger el derecho a la salud, a pesar de que el derecho a la vida no se encuentre en grave peligro si el suministro de la prótesis no se lleva a cabo. Para proceder a dar respuesta a estas preguntas (i) es necesario revisar si se está ante uno de los casos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha constatado que la intervención, medicamento o elemento se encuentran por fuera del POS o, por el contrario, la exclusión como certeza deviene en duda constitucional. (ii) Si se llega a la conclusión de que en tales eventualidades es procedente la tutela, será necesario determinar si vulnera la EPS el derecho a la salud, cuando se niega a suministrar un aparato necesario para recuperar una función perdida. (iii) En tercer lugar, se indagará sobre si, para el caso concreto, la prótesis solicitada está incluida en el POS, o al no estar expresamente contemplada en el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones está excluida del mismo.

A fin de resolver las cuestiones planteadas, procederá esta Sala de Revisión a (i) reiterar la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la salud, como derecho susceptible de protección por vía de tutela; (ii) estudiar los aspectos relevantes del derecho a la salud de las personas con discapacidad; (iii) repasar cuál ha sido la posición de la Corte en relación con el tema específico de prótesis y exclusiones del POS; en este punto se determinará si una interpretación restrictiva del POS resulta constitucionalmente admisible frente a aparatos cuya finalidad es la recuperación funcional; y (iv) en última instancia analizará si, en el caso concreto, se configuró una violación de los derechos fundamentales del actor.

Protección del derecho a la salud por vía de acción de tutela

5.- La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio nacional, es tanto un derecho como un servicio público<sup>2</sup>. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>3</sup>.

6.- Con todo, ha explicado este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La garantía

de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, se debe tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela. Así, según la jurisprudencia de la Corte el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, personas con discapacidad, entre otros) o, por otra parte, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

7.- Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, "(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito

funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.”<sup>4</sup> De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

Respecto de la garantía de prestaciones incluidas en los planes, cabe señalar que recientemente el legislador (Ley 1122 de 2007, art. 41) confirió a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos, con las facultades propias de un juez, que resuelvan mediante fallo en derecho, algunas controversias entre las entidades promotoras en salud (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios. La competencia en dicha materia fue circunscrita a controversias relativas a: (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario o la usuaria; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.<sup>5</sup>

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador.

8.- Respecto del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las

condiciones particulares -en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente<sup>6</sup> de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener cómo asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"<sup>7</sup>. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

9.- Ahora, si bien hay características generales del derecho a la salud, esta Sala considera relevante hacer una breve referencia a las particularidades propias del derecho a la salud de las personas con discapacidad, habida consideración al tema que la ocupa.

El derecho a la salud de las personas con discapacidad

10.- El término discapacidad ha sido definido en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>8</sup> en los siguientes términos:

"Artículo I. 1. Discapacidad. El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer

una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”<sup>9</sup>.

11.- Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación General No. 5 sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>10</sup> señaló que el derecho al más alto nivel de salud de estas personas implica: (i) el derecho a la atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad. (ii) El derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales -incluidos los aparatos ortopédicos- y a beneficiarse de dichos servicios, de tal forma que ello garantice autonomía, la prevención de otras discapacidades y la integración social. (iii) Los servicios de rehabilitación a fin de alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad<sup>11</sup>.

12.- Como ya se dijo, la salud ha sido considerada en la jurisprudencia constitucional colombiana, como un servicio público y, al mismo tiempo, como un derecho prestacional<sup>12</sup> que, prima facie, no es susceptible de ser amparado a través del mecanismo preferente y sumario de la acción de tutela. No obstante, esta Corporación ha entendido que se trata de un derecho fundamental, cuya protección procede por vía de tutela frente a sujetos de especial protección constitucional como los niños<sup>13</sup>, las personas con discapacidad<sup>14</sup> y los adultos mayores<sup>15</sup>.

Lo anterior se compadece con la normatividad y la jurisprudencia de los sistemas interamericano y universal de protección de los derechos humanos, según los cuales, como viene de decirse, el derecho a la salud de las personas con algún tipo de discapacidad es un derecho fundamental, en tanto se trata de sujetos de especial protección constitucional.

13.- A continuación, esta Sala de Revisión examinará la posición de la Corte Constitucional frente al problema específico de suministro de prótesis de reemplazo de partes del cuerpo perdidas.

14.- Las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional han considerado procedente la acción de tutela para ordenar el suministro y adaptación de prótesis a las Entidades Promotoras de Salud tanto del Régimen Contributivo, como del Subsidiado.

15.- Esta Corporación ha considerado que la procedencia de la acción de amparo constitucional deriva de la conexidad entre el derecho a la salud y la vida digna, presente en

el caso de la necesidad de utilización de prótesis para recuperar la capacidad funcional perdida. La Corte ha señalado que resulta claro que quien ha perdido alguna de sus extremidades, requiere, de manera urgente, de aparatos ortopédicos que mejoren su funcionalidad y le permitan desempeñar las actividades cotidianas que, a falta de tales aparatos, se tornarían irrealizables en muchos casos.

En este sentido, la sentencia T-941 de 2000, puntualizó:

“En el caso en que nos encontramos, si bien la entrega de las prótesis de extremidades no reúne las características de una urgencia vital para el demandante, sí resultan ser artículos que se requieren de manera inmediata a fin de lograr para el actor un adecuado desenvolvimiento personal, la integración social que pretende la Carta, y el mecanismo necesario para realizar sus actividades normales como ciudadano. Es importante reconocer que la facultad de desplazamiento, de movilidad y de actividad física, resulta ser una opción necesaria para que una persona con una discapacidad como la suya, pueda continuar con una calidad de vida digna e idónea, dada su evidente debilidad. Bajo esas específicas consideraciones, debe concluir esta Sala que en atención a la protección constitucional a las personas con discapacidad, las prótesis inferiores de extremidades que requiere el actor para volver a caminar, resultan ser un elemento indispensable para asegurar la calidad de vida digna a que aspira el actor, dada su específica condición”.<sup>16</sup>

16.- La jurisprudencia también ha hecho énfasis en que el suministro de prótesis es una prestación que hace parte del ámbito de protección del derecho a la salud de las personas con discapacidad. Así lo ha expresado esta Corporación en reiterada jurisprudencia al señalar que dichos aparatos constituyen elementos necesarios para recuperar la capacidad funcional perdida y optimizar el mandato constitucional de integración social de quienes presentan algún tipo de limitación física, para lo cual se requiere un tratamiento de rehabilitación integral que incluya, entre otras prestaciones, el acceso a los aparatos necesarios para tal fin<sup>17</sup>.

17.- Adicional a lo anterior, esta Corporación<sup>18</sup> ha advertido que el suministro de las prótesis tanto de miembros inferiores como superiores, no puede entenderse excluido del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, pues una interpretación restrictiva resulta inadmisibles a la luz de los preceptos constitucionales. Ha

hecho referencia, entonces, a que sin el suministro de dichos aparatos, no se logra el objetivo de rehabilitación de la discapacidad o recuperación de la enfermedad como finalidad última que orienta la normatividad que regula las exclusiones y limitaciones del POS, ni atiende a los principios constitucionales de protección reforzada frente a las personas con discapacidad.

De esta manera, la Corte Constitucional, partiendo de un ejercicio hermenéutico del artículo 12 de la Resolución No. 5261 de 1994, cuyo tenor literal es el siguiente:

“ARTICULO 12. UTILIZACIÓN DE PRÓTESIS, ORTESIS, APARATOS Y ADITAMENTOS ORTOPÉDICOS O PARA ALGUNA FUNCIÓN BIOLÓGICA: Se definen como elementos de este tipo, aquellos cuya finalidad sea la de mejorar o complementar la capacidad fisiológica o física del paciente. Cuando el paciente requiera de su utilización y se encuentren expresamente autorizados en el plan de beneficios, se darán en calidad de préstamo con el compromiso de devolverlos en buen estado salvo el deterioro normal; en caso contrario deberá restituirlos en dinero por su valor comercial.

PARAGRAFO: Se suministran prótesis, ortesis y otros: marcapasos, prótesis valvulares y articulares y material de osteosíntesis, siendo excluidas todas las demás. En aparatos ortopédicos se suministrarán: muletas y estructuras de soporte para caminar, siendo excluidos los zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias con gradiente de presión o de descanso, corsés, fajas y todos los que no estén expresamente autorizados.”

Y de los artículos 18 de la misma Resolución y 86 del Decreto 806 de 1998 que establecen las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, concluyó que la interpretación, según la cual las prótesis de reemplazo de las partes del cuerpo perdidas se encuentran excluidas, con fundamento en el aparte del párrafo del artículo 12 transcrito que estipula “siendo excluidas todas las demás” hace nugatorios los principios mismos que orientan las exclusiones y limitaciones del POS, así como los postulados superiores ya mencionados, de rehabilitación e integración social de las personas con discapacidad y su derecho fundamental a la salud, recogidos todos estos en la especial protección reforzada que la Constitución ha consagrado en favor de esta población.

La Sala Séptima de Revisión, en sentencia T-860 de 2003, realizó dicha labor hermenéutica y puntualizó lo siguiente:

“Retomando las conclusiones que arrojó el estudio del artículo 18 de la mencionada Resolución y a la luz de lo prescrito por el artículo 12, puede afirmarse que las prótesis, órtesis y aparatos que tengan como función mejorar o complementar la capacidad física del paciente están expresamente incluidas en el P.O.S., criterio que se refuerza al constatar que estos “aparatos” tienen el cargo de apoyar de manera efectiva a la rehabilitación de la enfermedad, o de la discapacidad. Es entonces el argumento funcional el que da cuenta de la necesidad de incluir estos aparatos en el P.O.S. Es decir, el aparato en sí mismo no tiene relevancia como factor condicionante del mejoramiento de la salud y de la calidad de vida del paciente, es fundamentalmente la función de reemplazo del miembro cercenado, lo que hace a aquél objeto una prestación obligatoria en el sistema de salud colombiano. La negativa de la entidad prestadora de salud a autorizar el cubrimiento del cargo económico de dicho procedimiento, vulnera el derecho fundamental a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud y en el Plan Obligatorio de Salud de manera autónoma –sin necesidad de probar la vulneración del derecho a la vida digna –.

Ahora bien, ¿qué sucede si se acepta que la prótesis o la órtesis se encuentra cubierta bajo el régimen de beneficios del P.O.S., pero no lo está, en cambio, el aditamento que permite que el aparato –que está orientado funcionalmente al reemplazo de un miembro- encaje con el muñón (o parte del miembro no amputada) al cual será adaptado?, ¿cumple la prótesis su objetivo de recuperación funcional si, debido a la no adaptación del socket al muñón de la extremidad mutilada, el paciente ve disminuida la recuperación buscada y, a mediano plazo, pueden formarse lesiones en su piel? Es posible concluir, entonces, que los aparatos cuyo propósito es la recuperación de la función anatómica de una extremidad cercenada, no pueden estar excluidos del plan obligatorio de salud. En consecuencia, tampoco puede estarlo el aditamento (socket) que permite que ese aparato sea funcional a las necesidades de recuperación y adaptación individualizada del paciente.

En suma, la tesis según la cual al no estar expresamente contemplado el recambio de socket, alineación y mano de obra en el P.O.S, se entiende excluido del mismo, no solamente es constitucionalmente inadmisibles, sino que violenta las condiciones definitorias mismas de los aparatos cuya destinación es la complementación de la capacidad física perdida por el paciente. Los objetos ortésicos contemplados en el P.O.S., no tienen ningún valor intrínseco, están incluidos para que cumplan con el objetivo de reemplazo de un miembro vital que contribuya a mantener y mejorar la calidad de vida de la persona amputada. Por, tanto, el

aditamento que hace funcional la prótesis (socket), junto con la adaptación del mismo a las necesidades del paciente (alineación y mano de obra) es una prestación incluida en los beneficios del plan obligatorio de salud.”

18.- De conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia, la Sala Séptima de Revisión analizará el caso bajo examen.

Caso concreto

19.- El médico tratante del ciudadano Higuera Garzón prescribió el cambio de la prótesis que utiliza, por cuanto ésta le causa molestias y no cumple adecuadamente la finalidad de recuperación y rehabilitación de la capacidad funcional perdida. Sin embargo, Cafesalud EPS, entidad a la cual se encuentra afiliado el actor en calidad de cotizante, negó su suministro por considerar que la misma se encuentra excluida del POS.

El Ministerio de la Protección Social, por el contrario, estima que el aparato reclamado, efectivamente está cubierto por el POS y, en consecuencia, a la entidad demandada corresponde asumir su costo y suministrar la prótesis al peticionario.

La jueza única de instancia, resolvió denegar la acción de tutela, como quiera que el apoderado del demandante no allegó copia de la prescripción médica ni del formato de negativa de la entidad demandada.

20.- De acuerdo con las consideraciones arriba expuestas, para esta Sala de Revisión resulta claro que el suministro de la prótesis que el peticionario requiere para caminar y desempeñar sus actividades cotidianas, es una prestación que se entiende cubierta por el Plan Obligatorio de Salud, como quiera que la función que este aparato cumple, es fundamental en la recuperación de la capacidad perdida a causa de la amputación de su pierna derecha. Además, en tanto que sujeto de especial protección constitucional tiene derecho a la rehabilitación y la integración social, procesos estos que se verían truncados ante la ausencia de la prótesis prescrita.

21.- Es por ello que la negativa de Cafesalud EPS a autorizar el cubrimiento del cargo económico de dicho aparato, vulnera el derecho fundamental a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud y en el Plan Obligatorio de Salud de manera autónoma,

así como el derecho fundamental a la salud de una persona con discapacidad, por lo que no hay necesidad de probar la vulneración del derecho a la vida digna. Así lo ha expresado esta Corporación:

De lo anterior se desprende que en tanto prestación incluida en el POS, el examen de la capacidad económica del actor también deviene improcedente. Además de lo anterior, tampoco puede Cafesalud EPS ejercer acción de recobro contra el Fosyga, pues la obligación de asumir la carga económica de la prótesis recae sobre la entidad demandada.

En conclusión, la negativa de Cafesalud EPS a asumir el costo del suministro de la prótesis que requiere el ciudadano Isidro Higuera Garzón, vulneró su derecho fundamental a la salud, por cuanto el mismo tiene derecho a recibir las prestaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud y a que le sean reconocidas las prestaciones necesarias para lograr su rehabilitación y su integración social.

22.- Ahora, si bien es cierto a partir de la expedición de la Ley 1122 de 2007, el ordenamiento jurídico colombiano otorga facultad jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud para fallar controversias relativas a “los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”<sup>20</sup>, en este caso en particular al peticionario no le es exigible haber hecho uso de este mecanismo, por cuanto el mismo no había sido reglamentado para el momento de la interposición de la acción de tutela, pues ésta fue radicada el 2 de marzo de 2007, lo cual imposibilitaba su agotamiento. En efecto, la función jurisdiccional otorgada a la Superintendencia de Salud, sólo fue reglamentada el 30 de marzo del presente año, mediante Decreto 1018 de 2007, el cual creó la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación<sup>21</sup>, como ente encargado de definir las controversias surgidas de la negativa por parte de las EPS a suministrar los procedimientos, actividades e intervenciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, entre otros asuntos.

De esta manera, la acción de tutela de la referencia no deviene improcedente ante la ausencia de agotamiento del mecanismo consagrado en la Ley 1122 de 2007 y reglamentado por el Decreto 1018 del mismo año, pues como fue establecido, el mismo sólo se implementó con la expedición de dicho Decreto el 30 de marzo de 2007, encontrándose el demandante

en imposibilidad de emplearlo.

23.- De otra parte, esta Sala de Revisión no puede dejar pasar por alto que la decisión de la jueza de instancia de negar el amparo constitucional solicitado no tiene fundamento en consideraciones de fondo, a partir del análisis jurídico y fáctico del caso puesto a su consideración, sino en la ausencia de las pruebas de la prescripción de la prótesis solicitada, por parte del médico tratante, así como de la negativa de la entidad demandada de autorizar su suministro. Lo anterior es inadmisibile en este caso, pues además de que las afirmaciones hechas por la parte actora están revestidas de la presunción de veracidad amparada en el principio de buena fe, la propia entidad demandada reconoció que el médico tratante adscrito a la EPS prescribió el cambio de prótesis y que la entidad negó su suministro bajo la consideración de que dicha prestación se encontraba excluida del POS. Por ello, en el presente caso no existía la menor duda de que las afirmaciones hechas por la parte demandante en el escrito de tutela eran veraces, a pesar de no haber aportado las pruebas documentales que así lo acreditaran.

En consecuencia, la Sala Séptima concederá la acción de tutela y, en virtud de lo anteriormente descrito, ordenará a la EPS suministrar la prótesis prescrita por su médico tratante, adscrito a la entidad.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Penal Municipal de Bogotá, el día 20 de marzo de 2007, que negó la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano Isidro Higuera Garzón y, en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental a la salud.

SEGUNDO.- ORDENAR a Cafesalud EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a ordenar el efectivo suministro a Isidro Higuera Garzón, de la prótesis de miembro inferior derecho

formulada por su médico tratante, con las precisas especificaciones por éste ordenadas, al igual que la adaptación de la misma.

TERCERO.- 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

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 En el auto admisorio de la demanda, el juez de conocimiento comisionó al C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación por el término de tres (3) días “para que realice estudio socioeconómico al grupo familiar del señor ISIDRO HIGUERA GARZÓN”. Con ocasión de la comisión, la Coordinadora de la Unidad Local Armonía Familiar de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación presentó el siguiente informe de las diligencias realizadas: “En la CALLE 88 A No. 94D-27, reside el señor ISIDRO HIGUERA, con su esposa ANA SILVIA RODRÍGUEZ BEJARANO, y sus 4 hijos mayores de edad, el mencionado señor es pensionado devenga \$800.000, de los cuales paga, alimentación, servicios, y de mas (sic) gastos, manifiesta tener casa propia”.

2 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho

asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

4 Sentencia T-859 de 2003.

5 Ley 1122 de 2007: "Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998."

6 Cfr. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

7 SU-337 de 1999.

8 Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999 e incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 762 de 2002.

9 En igual sentido, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad ha definido el término así: “Con la palabra ‘discapacidad’ se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones ... La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio”.

10 Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párrafo 34.

11 En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

12 Esta posición fue sostenida en la sentencia T-102 de 1998, entre otras.

13 Sobre el carácter fundamental del derecho a la salud de los menores, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-1331 de 2000, T-671 de 2001, T-593 y T-659 de 2003 y T-956 de 2004, entre otras.

14 Ver, entre otras, las sentencias T-1038 de 2001, T-766 y T-977 de 2004.

15 Sobre la protección reforzada en salud a las personas de la tercera edad, la Corte ha proferido, entre otras, las sentencias T-535 de 1999, T-004 de 2002, T-928 de 2003 y T-748 de 2004.

16 Por lo anterior, la Sala Sexta de Revisión decidió tutelar los derechos del peticionario y ordenar a la entidad demandada la entrega de las prótesis de extremidades inferiores por él requeridas. La argumentación realizada por la Corte en sentencia T-884 de 2001, apunta en el mismo sentido. Por esto, la Sala Séptima concedió la protección solicitada y ordenó el suministro de “la prótesis ‘convencional para amputación de rodilla MII, rodilla libre, pie tipo sach importado 27L tacón 25 mm’ al accionante”. También pueden consultarse las sentencias T-366 de 2003, T-1141 de 2003, T-314 de 2005 y T-612 de 2005, entre otras.

17 La sentencia T-428 de 2003, señaló: “En atención a la protección constitucional a las personas con discapacidad, el socket para la prótesis del miembro inferior izquierdo del solicitante es necesario para volver a caminar en forma normal, resultando ser un elemento indispensable para asegurar la calidad de vida digna a que aspira el mismo, dada su específica condición de debilidad manifiesta (...)”.

18 Tal línea jurisprudencial se inició con la sentencia T-860 de 2003. Este precedente ha sido reiterado en sentencias como T-612 de 2005, T-654 de 2005, T-185 de 2006 y T-781 de 2006, entre otras.

19 Sentencia T-859 de 2003. En igual sentido, se puede consultar la sentencia T-860 de 2003.

21 El artículo 22 del Decreto 1018 de 2007 consagra las funciones de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. Éstas son: “1. Conocer y fallar en derecho en primera o única instancia, de acuerdo con la ley, a petición de parte, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos delegados por el Superintendente Nacional de Salud. El recurso de apelación se hará ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate. // a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. // b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia

demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. // c. Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. // d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. // 2. Conciliar, por delegación del Superintendente Nacional de Salud, de oficio o a petición de parte, los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre éstos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga prestará mérito ejecutivo.”