

Sentencia T-102/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusiones y limitaciones

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Obligación de adaptación y suministro de audífonos por estar incluido en el POS

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro y adaptación de audífonos

Referencia: expediente T-1453590

Acción de tutela instaurada por Hernando Botía León, contra la EPS del Seguro Social Seccional Medellín.

Procedencia: Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín.

Dr. NILSON PINILLLA PINILLA

Bogotá, quince (15) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Hernando Botía León, contra la EPS del Seguro Social, Seccional Medellín.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho

judicial, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 11 de la Corte, el día 3 de noviembre del año 2006 eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

## I. ANTECEDENTES.

El actor presentó acción de tutela el día 24 de julio de 2006, ante el “Juez del Circuito” de Medellín (reparto), aduciendo la vulneración de los derechos a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a la integridad física, a la seguridad social, a la igualdad, a la vida digna, y a los derechos de la tercera edad, por los hechos que se resumen a continuación:

### A. Hechos y narración contenida en la demanda.

Sostiene el actor que se encuentra afiliado en calidad de cotizante al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, a través de la EPS del Seguro Social, en calidad de pensionado de Acerías Paz del Río, en donde se desempeñó durante 21 años.

Afirma que desde hace aproximadamente 5 años empezó a presentar problemas de audición “AL PUNTO QUE YA LO QUE OIGO ES MUY POCO”. Los médicos otorrinolaringólogos tratantes le diagnosticaron hipoacusia neurosensorial - HNS moderada bilateral, razón por la cual le ordenaron desde el 28 de diciembre de 2005, el procedimiento “ADAPTACIÓN DE AUDIFONO”.

Sostiene que la entidad accionada se niega a autorizar dicho procedimiento, argumentado que no está contemplado en el plan de cobertura, desconociendo que su salud auditiva está muy deteriorada, así como su calidad de vida, “POR LOS TRABAJOS QUE PASO PARA ESCUCHAR BIEN SEA EN MI RESIDENCIA O CUANDO PUEDO SALIR ALGUN LUGAR” (sic).

Manifiesta que no cuenta con ningún recurso para sufragar el costo de la adaptación de audífono, en tanto que “VIVIMOS DE MI PENSIÓN QUE CORRESPONDE AL MÍNIMO LEGAL Y CON ESTO TENEMOS QUE CUBRIR LAS NECESIDADES BASICAS COMO: ARRIENDOS, SERVICIOS PÚBLICOS, VESTIDO, ALIMENTACIÓN, SALUD, ETC.”

### B. La demanda de tutela.

Por lo anterior, el actor solicita se tutele a su favor los derechos fundamentales invocados y

se ordene a la EPS accionada autorizar la adaptación de audífonos y la atención integral en salud con hospitalización, tratamientos médicos, exámenes y medicamentos para el tratamiento de la patología que padece, sin necesidad de interponer acción de tutela.

C. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

a. Fotocopia del acta de junta médico-quirúrgica de fecha 28 de diciembre de 2005, suscrita por los médicos que la integraron, en la que consta el diagnóstico y el procedimiento ordenado al accionante (f. 6).

a. Fotocopia del desprendible de pago de la nómina de pensionados, en la que consta que el neto devengado es de \$1.553.293; del carné de pensionado del Instituto de Seguros Sociales y de la cédula de ciudadanía (f. 7).

D. Sentencia que se revisa.

Mediante sentencia del 9 de agosto de 2006, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín negó el amparo de los derechos fundamentales del actor, al afirmar que el procedimiento se encuentra por fuera del Plan Obligatorio de Salud, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 de 1998 y en la Resolución N° 5261 de 1994. Sostiene además, que las exclusiones legales o reglamentarias de los tratamientos médicos se efectúan con el fin de prestar el servicio de salud a un número amplio de personas y en especial a aquellas que carezcan de los recursos económicos suficientes, o que por circunstancias particulares que comprometan la vida deban ser atendidas a pesar de estar excluidas del POS.

En el caso particular consideró el Juzgado que: “No obstante existir en el plenario manifestación expresa del accionante sobre la imposibilidad para cubrir el tratamiento que requiere de manera particular, pues según el mismo solo devenga un salario mínimo legal con el cual debe de cubrir las necesidades de su familia; dicha manifestación no es suficiente para conceder la acción pues tal y como puede verse de la misma colilla de pago de pensionados, aportada por el accionante y que milita a fs. 6 se deduce que el monto de la pensión por él recibida asciende a la suma de \$1.926.195, contrariando de tal forma lo

expresado por el mismo cuando a la incapacidad económica por él sostenida y dejando obviamente desprovista de prueba tal afirmación.”

#### E. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional.

Con el propósito de contar con mayores elementos de juicio al momento de proferir el fallo, mediante auto de noviembre 17 de 2006, el Magistrado Ponente, procedió a ordenar que por Secretaría General de esta corporación se oficiara al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que informen sobre los siguientes aspectos:

1. ¿Se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud - POS del régimen contributivo, el procedimiento de adaptación de audífono y el suministro del mismo?
2. ¿El procedimiento de adaptación de audífonos es diferente del audífono?
3. ¿Es indispensable el audífono en el tratamiento de la enfermedad que le fue diagnosticada al accionante y en el procedimiento de adaptación ordenado por el médico tratante?

Las entidades requeridas dieron respuesta de la siguiente forma:

- La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, dentro del término concedido por esta corporación, dio respuesta al requerimiento en los siguientes términos:

El suministro y la adaptación de los audífonos se encuentran incluidos en los artículos 82 y 109 de la Resolución N° 5261 de 1994, por la cual se establece el manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, “por cuanto expresamente la norma no señala su exclusión ni la obligación de suministrarlos por parte del afiliado”.

Adicionalmente señala que la entidad accionada como responsable de garantizar a sus afiliados la prestación del Plan Obligatorio de Salud mientras perdure la relación contractual, está en la obligación de garantizar la atención en salud al afiliado mediante la coordinación institucional de manera integral, eficiente, oportuna y continua, con un uso racional del Sistema, en los términos prescritos por el médico tratante y sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o la salud.

- Por su parte el Director General de Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud, dio respuesta al requerimiento de la Corte, remitiendo un concepto profesional “en el que se informa que tanto el procedimiento de adaptación de audífonos como los audífonos” están incluidos en el POS.

Aparece que en la Resolución N° 5261 de 1994, por medio de la cual se adopta el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, se encuentra incluido el procedimiento de adaptación de audífonos y por tratarse de una prótesis, el audífono también se encuentra dentro del POS, en cuyo caso el costo del suministro estará a cargo de la EPS. En el mencionado concepto se agrega:

“Para ratificar lo anterior, es de recordar el concepto que el Ministerio de Salud ha expresado al respecto el pasado 9 de Septiembre de 2002: ‘...me permito señalar que se debe entender que toda alusión a un procedimiento e intervención en dicha norma, connota implícitamente la autorización de cobertura del elemento, o material o dispositivo y equipo biomédico que sean necesarios en forma indefectible para la realización adecuada, pues en las normas del POS no hay listados de estos insumos y los contenidos y alcances de una prestación se definen a través del procedimiento o intervención al cual se refiere’.

El Dr ALFREDO RUEDA PRADA, Director General de Gestión de la demanda del Ministerio de Protección Social, en el oficio Número 13430, calendado el día 16 de agosto de 2005 dirigido a la Dra. Esperanza Giraldo Muñoz, Directora general de financiamiento del Ministerio de la Protección Social expresó lo siguiente: ‘En el Plan Obligatorio de salud no hay listados de insumos, equipos y dispositivos, pues los beneficios están dados a partir de actividades, procedimientos e intervenciones entendiéndose que así definidas las prestaciones abarcan todos y cualesquiera de los recursos insustituibles para la ejecución adecuada del servicio según normas de calidad y/o (sic) la formulación del médico, toda vez que no existe disposición en la Ley, o por parte del CNSS, del Ministerio de Salud y del Ministerio de la Protección Social, que señalen la cobertura parcial de recursos para servicios de salud que configuran el plan obligatorio de Salud, así como no hay asignación o definición de limitaciones en cuanto a tecnologías, materiales o marcas para efectos de la cobertura de las prestaciones. Por lo tanto las EPS no pueden negarse a cubrir elementos o los costos por tecnología que haga parte de los recursos necesarios para realizar actividades, procedimiento e intervenciones de las aludidas en la Res. 5261 de 1994 y las demás normas

que definen el Plan Obligatorio de Salud, en tanto dichos recursos sean insustituibles o esenciales y su ausencia significaría la no realización del servicio o sea el desconocimiento del beneficio para el afiliado, o su ejecución irregular respecto de lo formulado por el médico o (sic) el incumplimiento de normas de calidad’.” (Resaltado en el original).

De la misma forma, para dar respuesta a los demás interrogantes planteados por la Corte, transcribe el artículo “Amplificación, un reto en evolución”, escrito por la doctora María Patricia Rangel y publicado en el volumen 30, N° 2 de junio de 2002, de la Sociedad Colombiana de Otorrinolaringología y Cirugía de Cabeza y Cuello, dada su importancia en las múltiples consultas que se le formulan a la Superintendencia sobre las prótesis auditivas.

En la mencionada publicación se realiza un recuento histórico sobre la evolución del audífono y su importancia en el mejoramiento efectivo de las dificultades auditivas, definiendo como “aparatos electroacústicos que tienen como fin amplificar el sonido que reciben en su entrada, de manera que el sonido obtenido en su salida sea mayor que el recibido. La ASHA (American Speech Language and Hearing Association) define el audífono como un componente crucial en la rehabilitación aural y como una ayuda para facilitar la adecuada comprensión y expresión en los procesos de comunicación, en individuos con pérdida auditiva”.

Define la hipoacusia y explica los diferentes problemas que ella genera en los individuos, así como los tipos de tecnologías utilizadas en los procesos de amplificación. Respecto del proceso de adaptación, afirma que: “Siendo el problema de la pérdida auditiva tan complejo y de grado tan variado, tanto desde el punto de vista de intensidad o volumen como de la gama de frecuencias que deben ser amplificadas y/o comprimidas, la adaptación es un proceso que involucra una serie de pasos fundamentales que deben ser llevados a cabo en su totalidad, para lograr un resultado exitoso.”

Menciona 9 de los pasos que se llevan a cabo en el proceso de adaptación, como son: (i) preselección (que define los candidatos a utilizar prótesis auditivas); (ii) audiometría tonal (importante en la definición del modelo y tipo de canal); (iii) logaudiometría (define la efectividad de la prótesis en la comunicación); (iv) impedanciometría (define el campo dinámico de la persona evaluada); (v) tamizaje de procesamiento central auditivo (determina el uso de prótesis monoaural o binaural); (vi) pruebas de rango dinámico (busca

el nivel de comodidad y evita molestias por sobre o subamplificación); (vii) selección (define el tamaño de los modelos a utilizar); (viii) validación (permite determinar la efectividad y eficacia de la amplificación y las respuestas de audibilidad, confort, tolerancia y discriminación del lenguaje) y (ix) rehabilitación (determinación de la necesidad de reforzar el proceso de adaptación del audífono con terapias de lenguaje o tecnologías adicionales como aparatos de vibración, inalámbricos, etc.).

Concluye que la adaptación de una prótesis auditiva involucra un proceso complejo que debe ser manejado por personas expertas, con el fin de lograr una adecuada funcionalidad final y una audición y comunicación “normal”. Adicionalmente considera que en el caso sometido a consulta, la EPS no puede recurrir al FOSYGA por la cobertura del audífono, además que la entidad ha incurrido en fallas en la cobertura y en la oportuna y eficiente prestación del servicio de salud que le corresponde brindar al usuario.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Tercera. Carácter autónomo del derecho fundamental a la salud.

Esta corporación ha señalado que en principio el derecho a la salud no es susceptible de amparo por vía de tutela, ya que tiene el carácter de prestacional o asistencial y requiere para su efectividad normas presupuestales, procedimientos y organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Sin embargo, la Corte, en sentencia T-924 de septiembre 23 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, también ha explicado que el derecho a la salud tiene carácter fundamental, de manera autónoma, cuando está en conexidad con otros derechos de rango fundamental o en eventos especiales.

“La Corte Constitucional ha precisado en su jurisprudencia, que la salud tiene carácter de derecho fundamental por lo menos por dos vías. i) por conexidad, cuando una persona requiere ciertos servicios que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero

que resultan indispensables y necesarios para el mantenimiento de su vida, de su integridad física y de su dignidad. Y ii) de manera autónoma, cuando existen regulaciones que generan un derecho subjetivo sobre las personas a recibir las prestaciones y los medicamentos allí definidos.”

El primero de los casos, se presenta cuando un paciente requiere servicios que no están incluidos dentro del POS, pero que son vitales y esenciales para el mantenimiento de una vida digna. Su amparo se ha justificado, especialmente cuando ha podido probarse que no prestar el servicio, afectaría o pondría en peligro los derechos a la vida y a la dignidad humana.

En el segundo evento, esto es, cuando el derecho a la salud se torna fundamental de manera autónoma, se presenta si puede constatarse la existencia de regulaciones internas sobre salud. Desde la sentencia de unificación 819 de octubre 20 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis, esta corporación consideró que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.<sup>1</sup>

En sentencia T-538 de mayo 27 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se dijo que cuando se trata de tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, el derecho a la salud tiene carácter fundamental de manera autónoma, “pues es posible constatar la existencia de regulaciones internas sobre el derecho a la salud”. En tales situaciones las personas adquieren un derecho subjetivo a recibir las prestaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud, pero cuando se prueba el incumplimiento en general de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en especial aquellas contenidas en el POS, el derecho a la salud se torna fundamental. En la citada sentencia la Corte consideró:

“Cuando existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niños menores de un año, puede afirmarse que existe una violación al derecho fundamental a la salud, sin que sea necesario establecer

una amenaza a otro derecho fundamental como la vida, para que la acción de tutela proceda.”

La Corte en sentencia T-697 de julio 22 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, estimó que el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental porque no es un derecho subjetivo; sin embargo, expuso que “[a]l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, 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”.

En efecto, al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. Al respecto, en sentencia T-858 de septiembre 2 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-.”

En consecuencia, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se nieguen a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, el derecho a la salud se vuelve fundamental de manera autónoma, pues es posible constatar la existencia de regulaciones internas sobre el derecho a la salud. En tales situaciones, las personas adquieren subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en esa normatividad, especialmente las contenidas en el Plan Obligatorio de Salud. Por ende, en aquellos casos en los cuales existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, existe una violación al derecho fundamental a la salud.

Cuarta. Exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud. Inaplicación de su reglamentación.

El Plan Obligatorio de Salud contiene una serie de actividades y procedimientos médicos de prevención de la salud, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, expresamente delimitados y definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que deben ser satisfechas y garantizadas por las Entidades Promotoras de Salud respecto de los afiliados al régimen contributivo, las Administradoras del Régimen Subsidiado respecto de los afiliados al régimen subsidiado y por las entidades públicas y privadas con las que tenga contrato el Estado respecto de la población vinculada y los afiliados al régimen subsidiado respecto de los servicios no POS -S.

La necesidad de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social es, entonces, lo que explica que su cobertura se extienda únicamente a la prestación de los servicios que indique la ley, en este caso, a través de la determinación de los servicios comprendidos en el Plan Obligatorio de Salud. Por ello, el derecho a la salud en principio resulta exigible sólo respecto de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud.

Sin embargo, el Plan Obligatorio de Salud consagra la existencia de exclusiones y limitaciones en cuanto a los servicios, definidas por el mismo CNSSS, con el fin de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. Tanto el Decreto 806 de 1998, como el artículo 18 de la Resolución N° 5261 de 1994, establecen las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, con las cuales se determina si un tratamiento debe ser asumido por las EPS, con cargo a sus propios recursos o de manera particular por el afiliado. Estas exclusiones y limitaciones del POS son “todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios” y aquellas que expresamente se encuentren excluidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo la lista que allí se relaciona de actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el manual.

De las citadas disposiciones se desprende que los tratamientos que no estén expresamente consagrados en el manual de procedimientos y en las demás normas complementarias, se

encuentran excluidos de la cobertura del POS. La Corte Constitucional ha avalado la existencia de exclusiones y limitaciones a la prestación de servicios y tratamientos médicos, y ha hallado conforme a los principios superiores, la existencia de exclusiones en la cobertura de tratamientos en materia de salud.

De la misma forma, esta Corporación en virtud de la supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento, medicamento o diagnóstico requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar de ese modo que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la salud 2. Para tal efecto, la Corte ha precisado que se debe demostrar los siguientes presupuestos: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo” 3.

Quinta. Tratamiento jurisprudencial en el suministro y adaptación de audífonos.

Los primeros pronunciamientos de esta corporación frente a la negativa por parte de una Entidad Promotora de Salud, del suministro de audífonos a un afiliado, fueron uniformes en señalar que la solicitud de amparo por vía de tutela resultaba improcedente, por cuanto la falta de suministro de dichos dispositivos de amplificación no implicaba la afectación de ningún derecho fundamental.

Es así como en sentencia T-1662 de noviembre 30 de 2000, que reiteró la sentencia T-042 de febrero 4 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, en la cual se expuso que una solicitud en este sentido sólo procedía en casos en que tal negativa implicara un compromiso de los derechos fundamentales de los niños, pero que tratándose de adultos, la misma no implicaba un perjuicio que ameritara la intervención del juez constitucional. En atención a lo anterior, la Corte denegó el amparo a la actora, quien padecía sordera progresiva y requería la adaptación de los audífonos, al considerar que “no se aprecia vulneración de los derechos a

la vida o a la integridad del actor, pues con los audífonos no se ataja la evolución de la enfermedad en tanto con ellos sólo se busca potencializar la capacidad auditiva perdida.”

En Sentencia T-041 de enero 22 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, la Sala Primera de Revisión de la Corte efectuó el análisis de un caso similar, en el cual el peticionario solicitó a la EPS a la cual se encontraba afiliado el suministro de audífonos prescritos a fin de mejorar la capacidad auditiva seriamente afectada. Dicha entidad negó tal suministro, aduciendo para ello que dichos aditamentos no se encontraban contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Esta corporación reiteró la jurisprudencia arriba referida e indicó que el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental cuando se encuentra en conexidad con el derecho fundamental a la vida, ante lo cual concluyó que en el caso bajo estudio no se daban los supuestos exigidos por la doctrina constitucional para que de manera excepcional se inaplicara una exclusión del POS.

Esta posición jurisprudencial ha presentado un giro significativo desde hace ya varios años. Las Salas de Revisión han considerado que el derecho a la salud puede ser protegido por vía de la acción de tutela no solamente en aquellos casos en que la falta de un medicamento, procedimiento o aditamento no incluido en el POS, ponga en peligro de muerte a una persona, sino en aquellos casos en los cuales tal negativa afecte de manera importante la dignidad humana. Y así lo ha entendido este tribunal constitucional frente a la falta de suministro de los audífonos. Es por esta razón que el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental, por conexidad con la vida digna, no ya como un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que ha sido consolidado como un concepto más amplio que se extiende al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas.

Por lo anterior, la Corte empezó a ordenar a las entidades accionadas el suministro de los audífonos, en la medida en que se trate de personas con discapacidad auditiva, de la tercera edad y que dada su debilidad, su edad y su situación de pensionados, se encuentren en un estado que les impide relacionarse abiertamente con el medio que lo rodea y realizar sus actividades de manera normal.

Así, en sentencia T-839 de julio 5 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, la Sala Sexta de Revisión concedió el amparo del derecho a la salud en conexidad con la vida digna de un adulto mayor que solicitaba el suministro de los audífonos para aumentar su audición. En

aquella oportunidad esta Corporación consideró que eran factores determinantes para conceder el amparo, el hecho de que se trataba de un ciudadano de la tercera edad, pensionado. La Corte sostuvo que “si bien la colocación del audífono no reúne las características de una urgencia vital para el demandante, sí resulta ser un aparato que requiere de manera inmediata a fin de lograr un adecuado desenvolvimiento personal, la integración social que pretende la Carta, y el mecanismo necesario para realizar sus actividades normales como ciudadano.”

De la misma forma, en sentencia T-488 de mayo 11 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería, reiterada en sentencia T-1239 de noviembre 23 de 2001 M. P. Jaime Córdoba Triviño, se señaló lo siguiente:

“No puede la Sala pasar por alto la situación de la actora y señalar que la falta de audífonos tan sólo disminuye su nivel de vida al no permitirle tener una salud óptima, cuando se trata de una persona que ha visto disminuida una de sus facultades sensoriales, que carece de la función propia de uno de los órganos de los sentidos, necesario para su integridad personal y física, que no poseyendo los recursos necesarios para propiciarse el aditamento necesario para establecer o aumentar el nivel de audición requiere la especial protección del Estado prevista en el art. 13 de la Carta Magna.” 4

En sentencia T-753 de septiembre 13 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Tercera de Revisión consideró que la falta del suministro de audífonos a una persona de la tercera edad, era violatoria de sus derechos a la dignidad, a la libertad de expresión y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello, estimó procedente conceder el amparo y ordenar a la EPS demandada proporcionar los dispositivos de amplificación requeridos por el actor. Y en la sentencia T-946 de octubre 16 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte precisó la regla jurisprudencial aplicable al caso del suministro de los audífonos en los siguientes términos: “si el aparato auditivo constituye un requisito indispensable para la funcionabilidad de las habilidades comunicativas y para desarrollar normalmente la vida cotidiana del interesado, la acción de tutela puede prosperar, de lo contrario, no.”

El mismo tratamiento ha dado la Corte Constitucional en los casos en que se ha solicitado la autorización para el procedimiento de la adaptación de audífono y el suministro de la prótesis, frente a los cuales se ha protegido el derecho a la salud en conexidad con el

derecho a una vida digna, ordenando la práctica o suministro del procedimiento y de los aparatos excluidos del P.O.S., previa verificación de los presupuestos exigidos en la jurisprudencia constitucional, toda vez que prima la norma superior que protege el mencionado derecho fundamental.

En sentencia T-1227 de diciembre 9 de 2004, M. P. Alvaro Tafur Galvis, la Sala Octava de Revisión concluyó:

“...si bien la adaptación de audífonos no se considera una prestación de carácter vital, sí se puede considerar un instrumento ortopédico que permitirá la tutelante el desarrollo digno de sus condiciones de vida, y es por esa razón que es procedente otorgar el amparo constitucional solicitado.”

Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada también en las sentencias T-261 de marzo 26 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-519 de mayo 20 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y T-532 de mayo 27 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería, entre otras.

De la anterior evolución de la jurisprudencia constitucional se extraen las siguientes conclusiones: (i) Existe un deber constitucional de proporcionar los audífonos, no solamente a los niños, sino también a los adultos que los requieran, para recuperar sus habilidades comunicativas y para desarrollar normalmente su vida cotidiana; (ii) no obstante que la Corte Constitucional hubiera considerado que tanto el procedimiento de adaptación de audífonos y el suministro de los mismos no se encuentran incluidos en el listado del POS, ha adoptado una posición favorable sobre el tema y ha señalado que si bien la colocación del audífono no reúne las características de una urgencia vital para el demandante, sí resulta ser un aparato que requiere de manera inmediata a fin de lograr un adecuado desenvolvimiento personal y la realización de las actividades normales de la persona en sociedad; y (iii) la Corte ha protegido los derechos a la vida, la salud y a la dignidad humana de los peticionarios, en consideración a que aunque la vida misma del paciente no esté en juego por el no suministro de los audífonos que requiere, su integridad física y su dignidad humana sí lo están, ya que su vida se torna indigna por la carencia de las prótesis auditivas, dadas las condiciones especiales en que se encuentra por la limitación de una de sus principales funciones sensoriales.

Sexta. Análisis del caso Concreto.

El señor Hernando Botía León, de 72 años, pensionado de Acerías Paz del Río, afiliado a la EPS del Seguro Social, a quien le fuera diagnosticada una hipoacusia neurosensorial - HNS moderada bilateral, presentó acción de tutela por considerar que la entidad accionada ha vulnerado sus derechos fundamentales al negarle la autorización para el procedimiento de "adaptación de audífonos", ordenado por su médico tratante, argumentando para ello no estar incluido en el plan de cobertura de los servicios.

La entidad accionada no dio respuesta alguna durante el trámite de la acción, pese haber sido notificada en debida forma por el Juzgado de conocimiento.

La Juez de instancia negó el amparo solicitado, al estimar que el procedimiento ordenado por el médico tratante se encuentra por fuera del Plan Obligatorio de Salud, y que el accionante si tiene capacidad económica para cubrir el tratamiento con sus propios recursos dado el monto de la pensión que actualmente recibe.

De conformidad con la posición jurisprudencial que ha venido asumiendo la Corte Constitucional y a partir de la respuesta dada por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud a los requerimientos formulados por esta corporación, esta Sala de Revisión entra a determinar si el procedimiento de adaptación de audífonos y el suministro de los mismos, se encuentran incluidos o excluidos del Plan Obligatorio de Salud - POS.

Sobre el particular, el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, sostienen que tanto la adaptación como el suministro de los audífonos, se encuentran incluidos en la Resolución N° 5261 de 1994, toda vez que la mencionada disposición no señala expresamente su exclusión ni tampoco la obligación para el afiliado de asumir su costo. En efecto los artículos 82 y 109 de la mencionada resolución, estipulan:

"ARTÍCULO 82. Establecer como actividades, intervenciones y procedimientos de Otorrinolaringología, los siguientes:

27108 Adaptación de audífono."

"ARTÍCULO 109. OTROS PROCEDIMIENTOS DIAGNÓSTICOS Y/O TERAPÉUTICOS: Se considerarán para el nivel II de complejidad los siguientes procedimientos:

(...)

Otorrinolaringología:

(...)

Adaptación de audífonos.”

De la misma forma, la Superintendencia Nacional de Salud, sostiene que según concepto del Ministerio de la Protección Social del año 2002, todo procedimiento o intervención que ha sido definido en el POS, conlleva implícitamente la autorización para la cobertura o el suministro del elemento que sea necesario o indefectible para la adecuada ejecución del servicio, en tanto que las normas no contemplan la cobertura parcial, ni tampoco limitación en cuanto a la tecnología, materiales o marcas y por tanto las EPS no pueden negarse a cubrir los gastos que de allí se deriven.

También precisa el concepto de la Superintendencia que los audífonos son “aparatos electroacústicos” que tienen como fin amplificar el sonido que se considera crucial en la rehabilitación aural, cuyo propósito es el de facilitar la comprensión y expresión en los procesos de comunicación de los individuos con pérdida auditiva. Mientras que el proceso de adaptación, involucra 9 pasos fundamentales que deben ser llevados a cabo en su totalidad para obtener un resultado exitoso y una funcionalidad adecuada, lo que incluye controles periódicos para efectuar los ajustes necesarios, con el fin de asegurar una óptima utilización de la prótesis auditiva.

Por su parte, la Corte se ha ocupado de analizar las consecuencias sociales y psicológicas que la pérdida de la audición puede ocasionar a un individuo, lo que amerita toda la atención en salud por parte de las entidades encargadas de prestar dicho servicio público, a fin de garantizar una existencia digna. En sentencia T-003 de enero 16 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, esta corporación sostuvo lo siguiente:

“[E]n efecto, la audición es uno de los cinco sentidos que posee el hombre, y su afectación o su pérdida, y su no tratamiento, puede implicar un deterioro en la salud, y en la vida digna, y también podría comprometer la vida de quien lo padece. La pérdida del oído puede ser causada por infecciones, heridas en la cabeza, algunas medicinas, tumores, otros problemas

médicos y hasta la acumulación de cera en los oídos. También puede resultar de los ruidos excesivos producidos por herramientas eléctricas, música, o la estridencia de los motores de los aviones. A veces, cambios de la manera en que los oídos trabajan a medida que la persona envejece, pueden afectarlos seriamente.<sup>5</sup>

Cuando se presenta la pérdida de la audición, existen muchas consecuencias sociales y psicológicas. Algunas personas también experimentan consecuencias físicas como resultado de la pérdida de la audición.<sup>6</sup> Las consecuencias sociales para muchas personas que sufren de pérdida de audición no tratada, pueden ser, en primer lugar, que les resulte muy difícil participar en actividades sociales, incluso dentro de la misma familia. Algunos problemas sociales incluyen: aislamiento y retraimiento; pérdida de atención: distracción y falta de concentración; problemas en el trabajo (puede que tengan que dejar el trabajo o jubilarse); problemas al participar en la vida social y reducción de la actividad social; problemas de comunicación con su esposo/a, amigos y parientes; problemas de comunicación con los hijos y nietos.

La pérdida de audición no tratada puede tener como resultado efectos psicológicos negativos, tales como la vergüenza, la culpabilidad e ira, la pena, la tristeza o depresión, la preocupación y frustración, la ansiedad y desconfianza, la inseguridad, baja autoestima y pérdida de confianza en sí mismo. 'La pérdida de audición no tratada también puede hacer que la persona sea irritable y menos tolerante con los demás. Algunas personas pueden incluso volverse paranoicas.'

'La pérdida de la audición no tratada suele tener como resultado ciertos problemas físicos. En general, las personas con deficiencias de audición que sufren pérdida de audición no tratada expresan un bienestar físico inferior al de las personas con una audición normal y aquellas personas con problemas de audición que utilizan audífonos.'<sup>7</sup> Algunas de las consecuencias incluyen el cansancio, la cefalea, el vértigo, el estrés, problemas con los deportes, problemas de alimentación y sueño.

Para algunas personas que sufren de problemas de audición, el suministro del audífono o los audífonos formulados por el médico pueden ser de gran utilidad para contrarrestar la enfermedad. El audífono es un 'instrumento diseñado para ayudar a personas con deficiencias auditivas, consta normalmente de un micrófono, un amplificador y un auricular,

alimentado mediante una pila de bajo voltaje. Los audífonos pueden colocarse detrás del oído, en el oído y a veces pueden mejorar dicha capacidad en las personas que los llevan'. Los audífonos generalmente son muy útiles, aunque no restablecen totalmente la capacidad auditiva. Cuando una persona con deficiencia de audición adquiere un audífono, por lo general su capacidad para oír mejora rápidamente (...).”

De lo anteriormente expuesto, se concluye claramente que: (i) el procedimiento de adaptación de audífonos, indispensable en la recuperación de la audición, sí se encuentra incluido dentro de la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud - POS; (ii) para llevar a cabo el procedimiento de adaptación de audífono, es indispensable contar con el audífono, en tanto que es ese el elemento que se va adaptar a la persona que lo requiere en la solución de su problema de audición; y (iii) la falta de un adecuado tratamiento para la afectación o la pérdida de la audición, puede implicar un deterioro en la salud y en la vida digna, así como traer muchas consecuencias sociales, psicológicas y físicas para quien lo padece.

Así las cosas, la Corte se pregunta ¿es admisible a la luz de los principios constitucionales la exclusión del aparato que permite al individuo recuperar una función biológica perdida o disminuida, en este caso el aparato de amplificación que permita potencializar la capacidad auditiva afectada? Este interrogante fue planteado y respondido por la Corte Constitucional, en sentencia T- 1278 de diciembre 6 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la cual se precisó al tratar casos similares al que hoy ocupa la atención de esta Sala:

“La respuesta negativa a dicha cuestión parece irrefutable de conformidad con las consideraciones expuestas a lo largo de la presente providencia. En efecto, al hacer la interpretación de las inclusiones del POS con base en un criterio finalista, se tiene que los tratamientos e intervenciones que estén contemplados en el mismo, deben contribuir de manera efectiva al tratamiento y recuperación de la enfermedad y en el caso concreto que en esta oportunidad se estudia, dichos aparatos deben tener por función mejorar o complementar la capacidad física del paciente y aportar en la rehabilitación de su discapacidad. De igual manera, el derecho a la salud entendido como la garantía de poder disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental<sup>8</sup> y como un derecho fundamental para aquellas personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, para quienes, además, en tanto sujetos de especial protección constitucional, el Estado debe adelantar políticas de rehabilitación e integración social mediante la atención especializada que requieran<sup>9</sup>.”

Por lo anterior concluyó, que resulta inadmisibles a la luz de los preceptos constitucionales la interpretación restrictiva que se ha hecho al considerar excluido del Plan Obligatorio de Salud el suministro del audífono, no obstante encontrarse incluido el procedimiento de adaptación de los mismos, pues como se explicó, sin el audífono, 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.

En el mismo sentido, la Corte expresó en la sentencia T-859 de septiembre 25 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, que resulta inadmisibles a la luz de los principios constitucionales la interpretación según la cual el procedimiento aloinjerto hueso-tendón-hueso se encontraba incluida en el POS, mientras que el suministro del injerto indispensable para llevar a cabo tal intervención, se encontraba excluido del mismo. En esa oportunidad sostuvo la Corte lo siguiente:

“En conclusión, la aplicación de un criterio finalista -búsqueda del logro del más alto nivel posible de salud- autoriza el argumento a fortiori, conforme al cual habiéndose dispuesto el cubrimiento en el P.O.S. de un procedimiento determinado, se entiende incluido todo aquello necesario para su realización, lo que necesariamente incluye el suministro del injerto o aloinjerto en el presente caso.”

De igual manera, en la sentencia T-860 de septiembre 25 de 2003, la misma Sala de Revisión estableció que el aditamento denominado socket no podía ser entendido como excluido del POS, pues dicha interpretación resultaba inadmisibles, en tanto el aditamento era necesario para que la prótesis - ésta sí incluida en el POS- fuera funcional a las necesidades de recuperación y adaptación de cada paciente. Así lo dijo la Corte:

“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.”

Por lo anterior, la negativa de la EPS del Instituto de Seguros Sociales para autorizar el procedimiento de adaptación de audífono ordenado por el médico tratante al señor Hernando Botía León, 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 que sea necesario en consecuencia probar la vulneración del derecho a la vida digna, toda vez que la prestación que solicita el actor se encuentra definida o estipulada expresamente en el POS - Resolución N° 5261 de 1994, emanada del Ministerio de la Protección Social.

Como efecto de lo anterior, el examen de los presupuestos exigidos por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que regulan el Plan de Salud Obligatorio, tales como la capacidad económica del actor y el examen de conexidad del derecho a la salud con otro derecho fundamental, resulta improcedente. Además de lo anterior, tampoco puede la EPS demandada ejercer acción de recobro contra el Fosyga, pues la obligación de asumir plenamente el suministro y el procedimiento de adaptación de los audífonos, recae sobre la EPS del Seguro Social.

De tal manera, se ordenará a la EPS del Seguro Social que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, se autorice al actor el suministro y adaptación de audífono, y se proceda en consecuencia, en los términos prescritos por el médico tratante adscrito a la entidad.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín el 9 de agosto de 2006, dentro de la acción de tutela instaurada por Hernando Botía León, contra la EPS del Instituto del Seguro Social. En su lugar, CONCÉDESE la protección del derecho que se ha reclamado.

Segundo: ORDENAR a la EPS del Seguro Social, Seccional Medellín, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de 48 contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a autorizar a Hernando Botía León y a realizar el suministro y adaptación de los audífonos, en los términos prescritos por su médico tratante adscrito a la entidad.

Tercero .- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-108 de marzo 17 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, T-207 de mayo 12 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-042 de febrero 7 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

2 Ver sentencia T-1066 de octubre 28 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

4 Esta jurisprudencia ha sido reiterada en las sentencias, T-004 de enero 17 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-329 de mayo 2 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-03 de enero 16 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-281 de abril 3 de 2003, M. P. Alvaro

Tafur Galvis, T-443 de mayo 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-506 de junio 18 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1110 de noviembre 5 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-141 de febrero 17 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-302 de abril 4 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis y T-868 de agosto 18 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-627 de agosto 3 de 2006, M. P. Alvaro Tafur Galvis.

5 Lo que sigue es tomado de la página web, <http://www.fda.gov/opacom/lowlit/shearaid.html> Department of Health and Human Services; Food and Drug Administration: 5600 Fishers Lane, (HFI-40); Rockville, MD 20857; Junio de 2000.

6 Tomado de la página web, <http://www.spanish.press.hear-it.org/index.dsp> Este sitio Web ha sido creado y es mantenido por la organización 'Hear-it AISBL', que consta de los siguientes organismos: IFHOH (Federación internacional de personas con problemas de audición), AEA (Asociación Europea de audioprotésicos) y EHIMA (Asociación europea de fabricantes de aparatos de audición), Knowles, Microtonic y Gennum.

7 Tomado de la página web, <http://www.spanish.press.hear-it.org/index.dsp>

8 Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

9 Ver artículo 47 de la Constitución Política de 1991.