

El derecho de petición en la prestación del servicio de salud ante el plan obligatorio de salud - POS

Carlos Giovanni Tautiva Salazar

2016

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Especialización en Derecho Administrativo

“El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido”.

Corte Constitucional - Sentencia T-377 de 2000

El derecho de petición en la prestación del servicio de salud ante el plan obligatorio de salud - POS

Resumen

El siguiente artículo tiene como objetivo realizar un análisis sobre la eficacia del Derecho de Petición, ante la negativa de la prestación de servicios médicos, en el marco del Plan Obligatorio de Salud en Colombia, identificando el alcance, que como herramienta jurídico – legal aportó la Constitución de 1991, y así determinar la capacidades como derecho fundamental, para hacer uso de este y obtener los servicios de las instituciones prestadoras de salud, en el marco constitucional y la aplicación de la Ley 1755 de 2015, reguladora del Derecho de Petición.

The right of petition in the provision of health service to the mandatory health plan - MHP

Abstract

The following article aims to make an analysis of the effectiveness of the right of petition, the refusal of medical services, under the Mandatory Health Plan in Colombia, identifying the scope, as a legal tool - legal provided the 1991 Constitution, and thus determine the capabilities as a fundamental right, to make use of this and obtain the services of the health institutions in the constitutional framework and the implementation of Law 1755 of 2015, regulating the right of Petition.

El derecho de petición en la prestación del servicio de salud ante el plan obligatorio de salud - POS

Introducción

No obstante ser el servicio de salud un derecho fundamental consagrado tácitamente en algunos artículos de la Constitución Política de Colombia (2, 11, 13), así como en su preámbulo, y de forma expresa en los artículos 44 y 49 ibídem, este servicio se ve vulnerado de manera cotidiana, e infortunadamente se soslaya la prestación de los servicios de salud dentro del POS (Plan Obligatorio de Salud) a muchos de los usuarios de éste sistema de atención médica, toda vez que las reclamaciones ante los establecimientos Prestadores de Salud no cesan, y es en ese momento donde interviene la herramienta contenida en el artículo 23 constitucional, pero no obstante su legalidad, reconocimiento y validez, resulta inocua, en tratándose de resultados inmediatos; es con ocasión a ésta breve consideración, que pretendo identificar el alcance del derecho de petición, como un medio para garantizar la prestación del servicio de salud, sin necesidad de acudir a la tutela, ante la negativa de la prestación de los servicios de salud POS, en pro de evitar la puesta en marcha del aparato jurisdiccional, al impetrar la demanda de tutela, en aras de reconocer la efectividad y la obtención de dichos servicios de salud POS.

No obstante lo anterior y la finalidad de la investigación, espero evidenciar durante la misma, cuáles son las armas que otorga la norma, es decir la Ley 1755 de 2015, en la gestión administrativa, evitando accionar el aparato jurisdiccional y así descongestionar la rama judicial en lo pertinente, reconociendo que estos servicios son prestados por particulares, por lo tanto se hace necesario poner de presente, de existir, cuál sería el choque con las obligaciones y fines del Estado, propias del sector público. ¿Será que existe deslegitimación del Derecho de Petición en

las reclamaciones ante los prestadores de salud POS?; ¿será que estamos ante una ley o derecho fundamental que solo se queda en el papel?; ¿cómo operan las peticiones prioritarias?, son cuestionamientos básicos del tema objeto de estudio, y que espero atender de fondo en el avance del mismo, en aras de poder proponer, porque no, al existir ausencia de la respuesta en el derecho de petición, se genere un Silencio Administrativo Positivo, que sea asumido por el afiliado como respuesta positiva a las peticiones que no son atendidas ni resueltas de fondo por el Ente prestador de salud POS.

Es importante señalar que dentro de la problemática planteada se pueden identificar diferentes factores o elementos, como lo es la falta de profesionales que atiendan la demanda de servicios de los afiliados, es decir que las EPS (Empresa Promotora de Salud), no cuentan con la logística necesaria para atender el número de afiliados que de manera creciente aumentan la lista de personas a la espera de los servicios de salud en el plan obligatorio de salud.

Otra variante en la radicación de derechos de petición, relacionados con el tema de estudio, podría ser la falta de educación para acceder a la utilización de los servicios que en salud ofrecen las EPS, quienes están en la obligación de dar a conocer las obligaciones y los derechos de los cuales gozan los afiliados.

Es necesario puntualizar, que la problemática del presente tema de investigación es de conocimiento público, no obstante se tiene como base la presentación que del mismo realiza la Defensoría del Pueblo, en atención a la cantidad de tutelas que recibe la Rama Judicial en forma cotidiana, en busca de asignación de servicios de salud en el plan POS, en Colombia.

Eficacia del derecho de petición en la obtención de servicios en el plan obligatorio de salud en Colombia

¿Es realmente eficaz el Derecho de Petición para resolver la negativa en la prestación de los servicios de salud, dentro de plan obligatorio de salud en Colombia? ¿Cuál es el alcance de éste derecho de orden constitucional, de acuerdo a la Ley 1755 de 2015?

La finalidad del presente ensayo, es determinar el alcance del derecho de petición en tratándose de peticiones o reclamaciones presentadas ante los establecimientos prestadores de los servicios de salud, que actúan dentro del plan obligatorio de salud, bajo el entendido que dicho derecho constitucional, se ve minimizado por la falta de atención de fondo de dichas peticiones, que solo buscan de manera efectiva obtener los servicios de salud en el plan obligatorio de salud.

Por lo anterior, será determinante poder identificar su eficacia, bajo el entendido que, la eficacia es la capacidad de producir el efecto deseado en determinada situación, y para el tema objeto de análisis, el Derecho de Petición, en la obtención de servicios médicos negados por los diferentes prestadores de dichos servicios, en el Plan Obligatorio de Salud en Colombia.

Para lo cual será de suma importancia determinar la finalidad del Derecho de Petición, al interior del plan obligatorio de salud en el territorio nacional, y así mismo reconocer su alcance, como su efectividad en la prestación de los servicios médicos negados del POS en Colombia.

El derecho de petición

En aras de conocer y poder interpretar de manera cómoda los postulados del presente ensayo, es necesario presentar los elementos básicos que hacen parte del desarrollo del mismo, que por demás, son de conocimiento general y porque no considerar, del manejo de todos los habitantes de nuestro territorio nacional e integrantes de la sociedad.

Como génesis tenemos la necesidad de propender por la protección de los derechos de las personas, y para nuestra fortuna contamos con las herramientas jurídicas y normativas que permiten hacer efectiva dicha protección, inmersas en la norma superior y que para el común de la gente se conoce como el Derecho de Petición.

Pero qué es y cómo podemos identificar la manera práctica de dar uso a este elemento constitucional y normativo, que aunque no se identifique su número de ley, sabemos que existe, y se creó para comunicarnos, conocer y defender los intereses de cada habitante del territorio colombiano, frente a la administración y eventualmente ante particulares.

Para lo cual, y consonante a lo anterior es pertinente describir su significado, atributos, logros y finalidades, para obtener de esa herramienta jurídico-social, el mejor uso, identificando así:

Derecho de petición: “Derecho otorgado a toda persona, ya sea de forma individual o grupal, (Natural o Jurídica), para solicitar o reclamar ante la administración, y eventualmente ante particulares, y obtener información o servicios, dentro de un plazo pronto, prudente y determinado”. (Ley 1755 de 2015).

La anterior definición se extrae de lo expresado en la Ley 1755 de 2015, la cual regula el derecho fundamental de petición. Pero es necesario puntualizar que este no es su soporte máximo, toda vez que como ya se indicó, el derecho de petición es un derecho fundamental consagrado el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, que a la letra cita: **Artículo 23.** “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

Igualmente es procedente identificar la finalidad del derecho de petición, por lo tanto, es prudente citar las consideraciones de la corte constitucional que mediante Sentencia T - 414 de 1995, Magistrado ponente Doctor José Gregorio Hernández Galindo, expuso:

“El derecho de petición tiene por finalidad hacer posible el acceso de las personas a la autoridad pública para que ésta, se vea precisada no solamente a tramitar sino a responder de manera oportuna las solicitudes elevadas por aquéllas en interés general o particular,”
(Hernández, José G. 1995)

Nótese como de manera jurisprudencial, se atienden y organizan los elementos del derecho de petición, a fin que su espíritu se aplique a las actuaciones de la administración.

No obstante tomar fuerza, la aplicación del derecho de petición con la promulgación y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, dicho elemento jurídico ya tenía su ubicación normativa en el artículo 5 del Decreto 01 de 1984 (derogado por la Ley 1437 de 2011), que contemplaba una finalidad y la forma como debía ser presentado, de manera exclusiva ante la administración pública. Teniendo en cuenta, que ésta norma está derogada y que sirvió por años, como marco y dio la forma del cómo se hace, no entraremos a analizarla, y solo la utilizaremos como referente histórico.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 con la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo (CPACA), que derogó el Decreto 01 de 1984, conocido como el Código Contencioso Administrativo, se pone en marcha la normatividad que acorde al momento histórico, da fuerza al derecho de petición como institución jurídica para obtener de la administración, la información que conforme a la necesidad de las personas, se solicitara.

No obstante la legalidad que imprime el estar al interior de una norma, el derecho de petición como institución fue demandado desde los artículos 13 al 33, de la Ley 1437 de 2011, generando así diferentes situaciones de tipo jurídico y social.

La demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos antes señalados, en los cuales se soportaba todo atinente al Derecho de Petición, fue resuelta por la Sentencia C - 818 de 2011, en la cual se zanjaron los argumentos por los cuales, dichos artículos normativos del derecho de petición no podían estar en la Ley 1437 de 2011, para lo cual se extrae lo más relevante de dicha sentencia así: “El ciudadano Arleys Cuesta Simanca considera que las disposiciones consagradas en los artículos 13 al 33 de la Ley 1437 de 2011 son contrarias al literal a) del artículo 152 de la Constitución Política, el cual ordena que los derechos y deberes fundamentales y los procedimientos y recursos para su protección deben ser regulados por el Congreso de la República mediante ley Estatutaria, según lo consagrado en el artículo 153 de la Constitución”.

Para sustentar su afirmación, Arleys Cuesta Simanca (Sentencia C - 818 de 2011) (p. 17) afirma: “La Constitución de 1991 estableció expresamente, en el artículo 23, el carácter fundamental del derecho de todas las personas a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. De la misma manera, se dijo que el legislador reglamentaría su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

Por su parte, la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce de manera incuestionable, no sólo su naturaleza fundamental, sino que, además, sirve de medio para garantizar los derechos fundamentales. Es por ello, que una regulación exhaustiva, tal y como se

realizó en el Código Contencioso Administrativo, necesariamente debe hacerse de un procedimiento legislativo cualificado, como lo es el establecido en el artículo 153.

Es consecuente conocer el devenir de los motivos que promovieron la demanda de inconstitucionalidad del articulado, objeto de valoración por parte de la Corte Constitucional, quien señaló que la finalidad de las leyes estatutarias es contener de manera armónica el conjunto normativo que se prolongue de manera constante y efectiva en el tiempo, sin perder su finalidad y firmeza, siempre en consonancia con la norma superior.

Expresa ésta Alta Corte, que las leyes estatutarias llevan consigo un trámite más riguroso que las leyes ordinarias, pues su aprobación deberá contar con la aquiescencia de todos los congresistas, sin dejar de lado que debe tramitarse en una sola legislatura, situación que no ocurrió con la Ley 1437 de 2011, la cual se tramitó en dos legislaturas; por lo tanto consideró el accionante que desde el artículo 13 al 33 de la precitada norma, debían tramitarse como ley estatutaria y no ordinaria, contexto que evidencia una flagrante violación a los parámetros de orden constitucional. (Corte Constitucional Sentencia C-818 de 2011).

Frente a los argumentos expuestos por los ciudadanos demandantes, la Corte Constitucional determinó las condiciones requeridas para la firmeza y trámite de los artículos objeto de revisión, otorgando la razón a dichos ciudadanos, bajo el razonamiento que una reforma a una ley estatutaria debe realizarse mediante otra ley de ésta jerarquía.

Encontrando procedente los argumentos puestos de presente por los demandantes, concluye la Corte, que ante las solicitudes que de manera respetuosa se presenten ante las instituciones públicas y excepcionalmente a las privadas, se configura un desarrollo de esa actividad, es decir, se pone en práctica un derecho fundamental, razón de más para ubicar el articulado en una norma estatutaria, mas no ordinaria, pero aclara que es realmente grave el

hecho de declarar inexecutable estos artículos, para lo cual emitirá una sentencia de inexecutableidad diferida, permitiendo así al órgano legislativo la expedición de la norma que atienda todo lo relacionado al derecho de petición, en pro de evitar vacíos legales para la atención de las peticiones en tratándose de los derechos de petición.

Es prudente precisar que los anteriores apartes, corresponder a las consideraciones dadas por la Corte Constitucional, quien a través del artículo segundo del resuelve de la sentencia en comentario decidió declarar inexecutable los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011 por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Corte Constitucional Sentencia C-818 de 2011). Pero no obstante su decisión, indicó que dicho efecto es diferido, hasta el 31 de diciembre de 2014, mientras el congreso de la república, gestionaba una ley estatutaria que regulara el tema de la aplicación del derecho de petición.

Hoy, luego del plazo otorgado, se evidencia que eventualmente se dio un fenómeno jurídico singular, toda vez que para el 1 de enero de 2015 no existía norma estatutaria que regulara el derecho de petición, dando vida a la norma derogada con la expedición de la Ley 1437 de 2011, en lo señalado a los artículos 13 al 33, toda vez que la ley que reguló la materia, fue expedida el 30 de julio de 2015.

No obstante ésta situación, e inclusive ésta consideración per se, no detuvo al Derecho de Petición como institución.

Infortunadamente, en tratándose de temas de salud, el derecho de petición es solo un pequeño paso en la búsqueda de servicios médicos de tipo especial, o como bien se conocen de especialista; toda vez que las entidades prestadoras de servicios de salud para el plan obligatorio de salud POS, dilatan de tal manera la prestación de los mismos, que la única herramienta que se

tiene sin acudir ante un juez constitucional es el derecho de petición, y es aquí donde queremos hacer un alto, para precisar su alcance sin acudir a la tutela, y porque no, pretender otorgar un estatus de inmediatez a ésta institución jurídica, pensando en un posible silencio administrativo positivo, que regule la atención inmediata de las peticiones para obtener los servicios de salud en el POS.

Situación particular

El Derecho de Petición radicado ante Entidades prestadores del servicio de salud (en un marco obligatorio POS), en espera de obtener atención médica, para la mayoría de casos con temas de especialistas, resulta en la gran mayoría infructuoso, toda vez que solo es tenido como una solicitud más, obligando al usuario a acudir ante el operador judicial constitucional para lograr la atención y asignación de sus servicios de salud.

De los derechos fundamentales

Teniendo en cuenta el tema objeto de estudio, y la reciente normatividad que regula todo lo relacionado al Derecho de Petición, es pertinente y conducente abrir este debate, con las consideraciones esbozadas por el Consejo de Estado, quien mediante escrito, da a conocer sus posiciones para la emisión de la norma estatutaria, que de fondo regule el derecho de petición como una institución jurídica en Colombia, e igualmente atendiendo de manera alterna las consideraciones presentadas al interior de la Sentencia C-818 de 2011, con la cual se expulsó del marco normativo de la Ley 1437 de 2011, los artículos 13 al 33 ibídem.

Expresa el Magistrado Gómez Aranguren, que a fin de sustituir el Título II de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante

el cual se regula lo atinente al derecho constitucional de petición, que dichas disposiciones fueron ampliamente estudiadas, debatidas y aprobadas durante los años 2009 y 2010, para el trámite de aprobación de la ley sancionada el 18 de enero de 2011 numerada 1437, con la cual se expide el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (CPACA), por lo tanto la justificación de la nueva ley estatutaria que atienda la petición de la Corte Constitucional de regular el derecho de petición, es la misma (Gómez Aranguren, 2009).

Igualmente se permite recordar, que el proyecto de la ley 1437, tuvo una discusión académica de no menos años, mediante debates de altura, relacionados con sus disposiciones y alcance, hasta que se logró el consenso de su articulado. Pero no obstante el arduo trabajo, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del Título II de la reciente ley 1437, por considerar que se presentaron vicios de procedimiento, que requerían un manejo diferente, por tratarse de un derecho fundamental, en virtud de lo dispuesto en el literal a) del artículo 152 de la Constitución Política.(Gómez Aranguren, 2009). En mi sentir, y sin apartarme de la norma constitucional, la nueva ley (Ley 1755 de 2015) podría decirse, que no tuvo cambios, por lo menos significativos de fondo, solo ajustes a fin de hacerla más efectiva, razón por la cual al promulgarse, pareciera como si solo se hubiese tomado de un libro y pasado a otro; claro, luego de atender y despachar todas las consideraciones que sobre el particular se hicieran en la Sentencia C-818 del 1 de noviembre de 2011, no solo por la máxima autoridad constitucional, sino también por los entes académicos y de control que intervinieron con sus accesiones en la citada sentencia, dejando de presente que dichas consideraciones siempre estuvieron alrededor del artículo 23 superior.

Por lo anterior es procedente señalar que a pesar de la existencia de una previsión constitucional expresa que califica a la jurisprudencia como un criterio auxiliar de la actividad

judicial, por vía de interpretación se ha producido una rápida mutación constitucional que ha convertido a la jurisprudencia constitucional en una fuente principal de derecho. (Lancheros Gámez, 2012). Para lo cual es procedente interpretar, que cada sentencia constitucional lleva inmersa un poco de legislación, que finalmente espera saciar las necesidades jurídicas y sociales de cada demandante.

Retomando el eje central del tema objeto de exploración, es procedente incluir las consideraciones de la academia. “El Derecho de Petición se convierte en uno de los instrumentos más adecuados para hacer efectiva la democracia participativa, en el sentido de ofrecer vías alternas de comunicación entre la administración y el pueblo, haciéndolo de una manera fluida, transparente, respetuosa y eficaz” (Gamboa Martínez, 2014, p.19).

Por su parte Robert Alexy en su libro Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático, señala. “El máximo rango y la máxima fuerza jurídica significarían poco si los derechos fundamentales regularan cuestiones específicas sin importancia. Sin embargo, lo que sucede es precisamente todo lo contrario. Mediante los derechos fundamentales se decide sobre toda la estructura básica de la sociedad” (Alexy, p.34).

Lo anterior abre una puerta, que resalta la importancia de los derechos fundamentales, en pro de implementar los mecanismos de reclamación entregados por la administración a la sociedad.

De otra lado, Luigi Ferrajoli, en su libro Pasado y Futuro del Estado de Derecho expresa, que a través del libro Neoconstitucionalismo (s) - Editorial Trotta Cuarta Edición 2009 - Edición de Miguel Carbonell, que existe una crisis que afecta el principio de legalidad, relacionada con el Estado Legislativo y con el Estado Constitucional de Derecho, señalando una regresión a un derecho jurisprudencial premoderno, de una parte afectación al principio de legalidad y por la

otra, el papel garantista de la constitución (Ferrajoli, 2009). Es decir, se genera una pugna entre lo legal y el deber ser constitucional, asumido lo anterior al tema objeto de estudio, como el cumplimiento de los fines del Estado, pero truncados por normas que excluyen del POS, servicios que en general son parte del cumplimiento constitucional antes señalado.

Para Rodrigo Uprimmy y Andrés Abel Rodríguez, de su libro *la Interpretación Judicial*, abordan temas relacionados con la práctica de criterios de la interpretación judicial señalando “la importancia de los criterios de la interpretación jurídica - tanto aquellos que han sido planteados por la doctrina como los que han sido establecidos en la legislación – y los difíciles problemas que suponen para el intérprete judicial se constatan con toda claridad cuando se observa como son en efecto utilizados en la práctica interpretativa” (Uprimmy y Rodríguez, 2006, p.139).

Importante resaltar, que al momento de atender de fondo una solicitud para la prestación de los servicios de salud POS, quedamos en manos de un tercero del cual se arguye, aplique la legalidad que corresponde a cada requerimiento, siempre en salvaguarda de la norma fundante constitucional, en amparo de los fines y cometidos del estado.

El estado social de derecho y el cumplimiento de los fines del estado

En atención a los principios constitucionales que enmarcan el Estado Social de Derecho, y el cumplimiento de los fines del Estado, y en aras de identificar la efectividad del principio constitucional enmarcado en el artículo 23 de la norma superior, innominado, pero reconocido por la sociedad como “Derecho de Petición” se enfocará la presente investigación a los alcances de su presentación o invocación ante, los entes prestadores de salud, en relación a la prestación digna de este servicio, indistintamente de la necesidad, enfermedad o servicio requerido por el usuario, dentro de los servicios prestados en el POS (Plan Obligatorio de Salud).

En tratándose del Derecho de Petición, la legislación colombiana tiene sus orígenes con el Decreto 01 de 1984, el cual cuenta dentro de su articulado, la consideración y finalidad del mismo, teniendo así, una herramienta de uso obligatorio por la sociedad, en la búsqueda de información ante las Entidades Estatales. Con la expedición para el año de 1991, de nuestra Constitución Política, por demás garantista, llega como Derecho Fundamental, hoy tema de estudio, el “Derecho de Petición”, garantizando una línea directa entre el asociado y Estado, representado por sus entidades.

No obstante contar con ésta joya de la Corona, durante algunos años, la deficiente gestión por parte de algunas entidades del Estado y de particulares ejerciendo funciones públicas, violentan de manera directa este derecho fundamental, ignorando, evadiendo y reusando a generar respuestas a los requerimientos elevados por los particulares.

Es importante señalar que la finalidad de la investigación es identificar el alcance del Derecho de Petición, en servicios especiales o de especialista, o cuando por deficiencias en el servicio no se prestan en debida forma los mismos, toda vez que se busca evidenciar su efectividad y la atención que reciben los usuarios de los entes estatales o los particulares que prestan este servicio, por demás constitucional, a fin de evitar recurrir a la Tutela por vía jurisdiccional, para obtener la respuesta esperada por la persona vinculada al sistema de salud a través del POS (Plan Obligatorio de Salud), sin el temor que sus requerimientos e inquietudes, no queden en un limbo o la espera de la orden judicial que a través de tutela obligue a la entidad prestadora, facilitar el servicio solicitado.

Con la expedición de la Ley 1755 de 2015, toma fuerza el derecho fundamental de petición, como una institución jurídica y recibe una base legal firme y amplia, generada por la acción de inconstitucionalidad radicada contra los artículos 13 al 33 de la Ley 1437 de 2011,

resulta con la sentencia C-818 de 2015. Siendo pertinente señalar el recorrido que hace esta norma desde su creación, contenido en el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, derogado por la Ley 1437 de 2011.

Es importante señalar que no obstante esta situación dada con el fallo de la sentencia C-818 de 2011, y ya superada, podría indicarse o cuestionarse si el derecho de petición tuvo durante el 01 de enero de 2015 hasta el 30 de junio de esa misma anualidad, un vacío jurídico o legal, generado por la inseguridad y demora legislativa, toda vez que ese fue el lapso que no tuvo el soporte de la Ley 1437 de 2011, en lo relacionado al Derecho de Petición, por lo resuelto en la demanda que recibe dicha norma, y que prospera con la Sentencia 818 de 2011, no obstante, la realidad revela que el derecho de petición no deja de lado su actividad y menos su finalidad.

Resultados y Conclusiones

Conforme a las situaciones presentadas, es procedente indicar que el alcance del Derecho de Petición, en tratándose de la solicitud de servicios de salud, tiene un rasero limitado, toda vez que se ha convertido en un trámite más, ante los Entes y empresas prestadoras del servicio de salud POS, para lo cual será necesario investirlo de don alguno, que permita la coerción al momento de su presentación, a fin de obtener de manera rápida y oportuna, la respuesta positiva a las necesidades de las personas vinculadas a través del plan POS.

La anterior afirmación, proviene de la valoración realizada al informe presentado por la Defensoría del Pueblo, por el sinnúmero de tutelas radicadas ante los despachos judiciales, que buscan la obtención a través del aparato judicial, de los servicios de salud, para atender su situación médica.

En atención a las consideraciones presentadas, y analizando en principio solo el tema legal, sin pasar de contera a la parte práctica del tema que nos ocupa, es pertinente señalar que en la letra “El Derecho de Petición” como institución jurídica cumple los fines para los cuales fue creado, no obstante en la práctica, presenta falencias, las cuales radican en la inmediatez de su función, toda vez que en tratándose de la solicitud de servicios de salud en el plan POS, las entidades prestadoras de estos servicios (públicas y privadas), solo le miran como un trámite más, dejando de lado el cumplimiento de los fines del Estado.

Al verificar la eficacia del derecho de petición, es decir, recibir de fondo una solución y entrega de los servicios requeridos, las entidades prestadoras deben de manera oportuna atender las solicitudes, conllevando lo anterior a verificar la formación de quienes atienden como servidores públicos o trabajadores de las áreas de la salud que encabezan la prestación de los servicios de estas ramas de la medicina, que cuenten con estándares de servicio, con actitud

amable y diligente, con don de servicio y con la expectativa de prestar la mejor atención.

Gamboa, Y. (2014), Naturaleza jurídica de la respuesta del derecho de petición (Ensayo de postgrado) Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

Lo cual hace parte de una cadena de servicios, toda vez que no basta solo la atención, debe acompañarse de la obtención de lo requerido por el paciente, a fin de satisfacer la necesidad presentada, por lo tanto se espera que presentada dicha necesidad en salud, las entidades prestadoras del servicio, lo presten a cabalidad, incluyendo la pertinencia en el tiempo asignado, de la mano de la atención médica.

Como se señaló, para algunos Entes prestadores de servicios de salud POS, la atención de las solicitudes solo es un trámite más, pero es posible considerar el hecho, que de no atender en debida forma sus funciones, en el sector público, se estaría ante la aplicación de la ley disciplinaria, que infortunadamente no cobija el sector privado, haciendo más dispendioso buscar medios coercitivos para lograr una respuesta definitiva de fondo y en tiempo, que satisfaga las necesidades presentadas y los servicios requeridos.

Colofón de la premisa anterior, se tiene que la norma aplicable es la Ley 734 de 2002, que en su artículo 48 indica como falta gravísima dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo, mientras que el artículo 44 ibídem, señala que el servidor público está sometido entre otras, a la sanción de destitución e inhabilidad general para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, determinando que habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por no atender en debida forma las normas antes señaladas, por demás decir, de obligatorio cumplimiento.(Gamboa, Y. (2014), Naturaleza jurídica de la respuesta del derecho de petición (Ensayo de posgrado) Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia).

En aras de analizar ésta problemática, es conducente revisar el informe preparado por la Defensoría del Pueblo, para el mes de octubre del año 2014, que señala que la tutela y el derecho a la salud, se vulneran de manera general, con consecuencias para la salud, la vida y la integridad de los colombianos. Defensoría del Pueblo (2014) Con el informe se busca diagnosticar las fisuras del funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), puntualmente la negación del acceso a los servicios a cargo del Estado, y los recursos asignados para atender los mismos. La Defensoría del Pueblo encontró que más de la tercera parte de las tutelas en el país han sido para reclamar derechos de salud. De estos, más de la mitad (56.4%) han solicitado contenidos del POS.

Siendo el departamento de Antioquia donde se ubican el mayor número de reclamaciones a través de tutela, por servicios de salud, siguen Bogotá, Valle y Santander. Como estadística en promedio 47 tutelas por cada 10 mil habitantes cada año, solo para Antioquia, igualmente de las reclamaciones presentadas el 77% se interponen contra entidades de aseguramiento del SGSSS, el cual administra el régimen contributivo y subsidiado.

El 20,1% de las tutelas solicita exámenes paraclínicos, seguido de medicamentos (18,4%) y cirugías (17,6%), la solicitud de medicamentos fue la más presentada para el año 2005.

Las tutelas para la atención de exámenes contenidos en el POS (73,7%) van desde aquellos básicos como cuadros hemáticos y glicemias hasta los más complejos como tomografías axiales computarizadas (TAC) y resonancias magnéticas. No obstante existir un gran porcentaje de exámenes cubiertos por el POS, muchos son negados, aludiendo que el medio de contraste requerido, no se considera incluido en el servicio de salud, es decir, los elementos o líquidos utilizados para el examen.

Quedan por fuera de la planeación e implementación de la EPS los programas de promoción y prevención, toda vez que se radican tutelas, para exámenes y detección de enfermedades como citologías, mamografías y antígenos prostáticos. También se debe reconocer que más del 80% de medicamentos deprecados a través de la tutela, son medicamentos POS, siendo reiterativo la solicitud de medicamentos de marca.

En el tema quirúrgico, el 89% de las tutelas, interpuestas, señalan que dichos procedimientos están en el POS y su negación se debe a la no autorización de elementos como prótesis, válvulas, lente intraocular, grapas entre otros, que en algunos casos, no los incluye el Plan Obligatorio de Salud; sin poder obviar que el 92,7% de los tratamientos tutelados si están incluidos y corresponden a tratamientos integrales de patologías de alto costo, como cáncer, angioplastias, reemplazos de cadera y diálisis.

La negación de prótesis y órtesis se centran en aquellas que requieren mayores especificaciones a las contempladas en el POS, elementos como stent, medicalizado, marcapasos, prótesis articuladas y de material determinado. Es revelador la manera como se niegan las citas médicas de especialista, por estar asociadas a patologías que en el futuro, generan gastos por tratamiento e insumos.

Servicios como cateterismos, mapeos, litotripsias y terapias neurales, de uso frecuente, corresponden al 84,1% de los procedimientos se encuentra dentro del POS y corresponde a entre las más frecuentes. También se utiliza a la Tutela para reclamar de los empleadores, aportes a seguridad social y reconocimiento de prestaciones sociales.

Después de las cifras antes esbozadas, la Defensoría del Pueblo conmina a la Superintendencia Nacional de Salud a ejercer su poder sancionatorio contra las entidades que se

nieguen a prestar los servicios, como ejemplo para evitar la evasión por parte de otros entes prestadores de salud.

Igualmente conmina al Gobierno Nacional y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a revisar los ajustes del Plan Obligatorio de Salud, para los dos regímenes, teniendo en cuenta criterios de equidad, costos y efectividad, así como la implementación de los avances tecnológicos en salud, mediante la reforma a los elementos legales para lograr su implementación

Cita el fallo de SU-819 de 1999, para regular los procedimientos, actividades e intervenciones no incluidas en el POS, para minimizar la negativa en la prestación de los servicios a los afiliados. Igualmente deja sobre la mesa, el hecho de generar un control más efectivo desde la Superintendencia y el Ministerio, en pro de todos los habitantes de nuestro territorio. (Defensoría del Pueblo. (2014) *Informe defensorial sobre la tutela y el derecho a la salud*. Recuperado de http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela_salud.)

No obstante lo anterior, y dentro de las revisiones que al tema realiza la Defensoría del Pueblo, es pertinente señalar que acaba de publicar un nuevo informe denominado La tutela y los derechos a la salud y la seguridad social 2014, que amplía de manera contundente la información relacionada anteriormente, que no solo evidencia lo crudo que puede tornarse el tema de análisis para la población colombiana, sino que incluyen temas adicionales como la seguridad social, que no son propios del presente ensayo, pero que igualmente merecen una mirada crítica, en pro de buscar una solución de fondo, para cubrir las necesidades generales de los habitante de nuestro territorio, afectados por esta situación cada día más gravosa, el informe puede encontrarse en el siguiente link <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>, de la página web de la Defensoría del Pueblo.

Es evidente la vulneración a la prestación de los servicios de salud, igualmente obvio la omisión a la reclamación que a través de Derecho de Petición reciben las entidades prestadoras de los mismos, pero lo preocupante es la vulneración al mismo, como institución protegida por la norma superior, bajo el entendido, que ante la negativa de la solicitud primaria, no existe otro medio legal que acudir a la tutela, como mecanismo subsidiario, al rechazo obtenido en la presentación de la petición presentada, tomando el servicio de salud como una burla, e ignorando los pagos y aportes que de manera constante y periódica realizan los afiliados e integrantes del Plan Obligatorio de Salud.

Es menester difundir la utilización del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA – Ley 1437 de 2011), como instrumento de respaldo a las peticiones radicadas en materia de salud; una punta de lanza para el Derecho de Petición, promulgando el contenido de su artículo 20, reformado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que impone una atención prioritaria a las peticiones que lleven consigo un derecho fundamental, cuya vulneración genere un perjuicio irremediable, cuando la salud y la vida estén en peligro inminente.

Lista de Referencias

- Alexy, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. Neoconstitucionalismo (s) – Editorial Trotta Cuarta Edición 2009 - Edición de Miguel Carbonell.
- Calle Meza, Melba Luz (2014). La Modernización del Derecho Administrativo.
- Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso (2012). La Relación del Fenómeno de la Constitucionalización del Derecho con el Derecho Procesal Constitucional Defensoría del Pueblo. (2014). Informe defensorial sobre la tutela y el derecho a la salud. URL http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela_salud.
- Dorado Porras, Javier (2001). Lucha por la Constitución.
- Ferrajoli, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Neoconstitucionalismo (s) – Editorial Trotta Cuarta Edición 2009 - Edición de Miguel Carbonell —
- Gamboa Martínez, Yeny Viviana (2014). Naturaleza Jurídica de la Respuesta del Derecho de Petición
- García, Luisa Fernanda (2010). La Incidencia del Concepto Estado de Derecho y Estado Social de Derecho en la Independencia Judicial
- Lancheros Gámez, Juan Carlos (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa -
- Riquet Araque, Andrés Alejandro (2011). Derecho de Petición, Cambio Cultural, Político y Administrativo
- Silva, Juan Fernando (2012). Evolución y origen del concepto de “Estado Social” incorporado a la Constitución Política de 1991.

Uprimmy Yepes, Rodrigo; Rodríguez Villabona, Andrés Abel. Interpretación Judicial – Segunda Edición enero 2006.

Normas, Leyes y Jurisprudencia

Consejo de Estado - Colombia 2015. Exposición de Motivos Ley 1755 de 2015

Constitución Política de Colombia - 1991

Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo – (Derogado)

Hernández Galindo, José Gregorio. Magistrado Ponente. Corte Constitucional - Sentencia T – 414 de 1995.

Ley 1437 de 2011 –Mediante la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Ley 1755 de 2015 –Mediante la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición

Pinilla Pinilla, Nilson. Magistrado Ponente. Corte Constitucional - Sentencia T - 160 de 2014 -.

Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio. Magistrado Ponente. Corte Constitucional - Sentencia C - 818 de 2011.