

ACCIONES DE TUTELA DONDE SE AUTORIZA EL TRASPLANTE DE
ORGANOS. DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA

HECTOR JULIO NORIEGA VALENCIA.

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2012

ACCIONES DE TUTELA DONDE SE AUTORIZA EL TRASPLANTE DE
ORGANOS. DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA

HECTOR JULIO NORIEGA VALENCIA

MONOGRAFÍA COMO REQUISITO PARA OPTAR EL
TITULO MAGISTER EN DERECHO PROCESAL PENAL

DIRECTOR:
Dr. ALVARO MARQUEZ.

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2012

CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	11
2. MARCO CONSTITUCIONAL.....	13
3. MARCO LEGAL.....	15
4. LA ACCION DE TUTELA Y EL TRASPLANTE DE ORGANOS PARA COLOMBIANOS.....	17
5. LA ACCION DE TUTELA Y EL TRASPLANTE DE ORGANOS PARA EXTRANJEROS.....	24
6. LA ACCION DE TUTELA Y EL TRASPLANTE DE ORGANOS EN RELACION CON LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.....	30
7. PERSPECTIVAS DE LOS TRASPLANTES DE ORGANOS.....	36
8. CONCLUSIONES.....	38

RESUMEN

TITULO

ACCIONES DE TUTELA DONDE SE AUTORIZA EL TRASPLANTE DE ORGANOS. DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA.

Autor

HECTOR JULIO NORIEGA VALENCIA

PALABRAS CLAVES:

Trasplante, órganos, muerte cerebral, acción de tutela, ablación.

Descripción

Colombia en el contexto Latinoamericano, ha sido uno de los países que ha dedicado ingentes esfuerzos institucionales, académicos, económicos y científicos para desarrollar una política que este a la altura de las necesidades en materia de trasplante de órganos. El número creciente de ciudadanos colombianos que día a día requieren de un trasplante de órganos para mejorar sus condiciones de salud o para preservar su vida, ha demandado del Estado Colombiano, la necesidad de la expedición de una serie de normas que le den soporte jurídico a esta noble actividad, pero de igual manera, ha despertado en la instituciones prestadoras de salud, la capacitación y especialización de su personal médico, al punto que hoy nuestro país, es pionero en Latinoamérica en trasplante de órganos tales como riñón, corazón, hígado, pulmón, retinas y otros .

No obstante lo anterior, es mayor el número de Colombianos que hoy requieren de un trasplante de órganos, que el número de donantes que se encuentra registrado en el Instituto Nacional de Salud, organismo oficial encargado de coordinador a nivel nacional los trasplantes de órganos.

“En el País hay 1.154 personas en espera de trasplante de órganos, lo que significa un aumento del 40 por ciento, frente a la lista de espera oficial del

primer semestre del 2.010. La tasa de donación de órganos para trasplantes en el país fue de 11.5 por cada millón de habitantes en el primer semestre de 2.011; frente a 13.1 por millón en el mismo periodo del 2.010...los trasplantes más comunes en el país son los de riñón (73 %), seguidos por los de corazón (pasaron del 27 al 40 % entre el primer semestre del 2.010 y el primero del 2.011) e hígado. Luego aparecen los trasplantes de pulmón, páncreas e intestinos, y los de tejidos como las córneas y la piel”.¹

Aunado a lo anterior, a la demanda de nacionales, hay que sumarle el número de ciudadanos extranjeros que han tocado las puertas del Estado Colombiano para demandar la prestación de estos servicios médicos especializados.

La ACCION DE TUTELA, entonces, se ha convertido en un mecanismo ágil y de vital importancia no solo para los nacionales, sino también para los extranjeros, con el fin de demandar de las autoridades Colombianas, se les autorice los procedimientos médicos especializados con miras a preservar la salud y la vida, amparados estos derechos en normas Constitucionales así: el Art. 1º. –Colombia Estado Social, pluralista y respetuoso de la dignidad humana; Art. 11 –Derecho a la vida-, Art. 43 –Derecho a la Igualdad ante la ley-; Art. 44 Interés superior del niño, Art. 48 –Derecho a la Seguridad Social-; Art. 49 –Derecho al servicio de salud- entre otros.

¹ EL TIEMPO, Redacción Salud, Aumenta en Colombia la lista de espera de trasplante de órganos, Octubre 21 de 2011

ABSTRAC

TITLE

CARE ACTIONS WHERE IS AUTHORIZED THE ORGAN TRANSPLANT. RIGHT TO THE HEALTH AND TO THE LIFE.

Author

HECTOR JULIO NORIEGA VALENCIA

KEY WORDS:

Transplant, organs. brain death, care action, ablation.

DESCRIPTION:

Colombia in the Latin American context, has been one of the countries that has dedicated enormous institutional forces, academics, economics and scientist to develop a politic to the level of the necessities about the transplant of organs. The increasing number of Colombian people that all days need a transplant of organs to reserve their life, has sued the Colombian state, the necessity of the creation of laws that give a legal support to this good activity, but in the same way, has induced to the healthcare companies the capacitating and specialization of their medical staff, the point today in our country, is pioneer in Latin America about the transplant of organs like the heart, liver, lung, retina and other.

In fact, is greater than the number of Colombian people that need a transplant of organs that the number of donors that finds registered in the National Institute of Health, official organism charged of the coordination in national level of the transplant of organs.

“In the country there are 1.154 people that wait a transplant of organs, what means a increased of the 40 per cent, in front of the list of waiters official of the first semester of 2010. The rate of organ donation for transplants in the country was of 11.5 per each millions of people in the first semester of 2011, in front of

13.1 per million in the same period of 2010 ... the most common transplants in the country are the transplant of kidney (73 %), continue the transplants of the hearth, pass from 27 to 40 % between the first semester of 2.010 and the first of 2.011) and the liver. After they appear the transplant of lung, pancreas and intestines, and tissues such as corneas and skin". (1) www.eltiempo.com/ Redaction Salad. October 21 de 2.011.

Added to this, the national demand, we must add the number of foreign citizens who have knocked on the doors of the Colombian State to demand the provision of specialized medical services.

The CARE ACTION, then, has become an agile and vital not only for national also for foreigners to sue the Colombian authorities, be authorized specialized medical procedures in order to preserve their health and lives, covered all constitutional rules such as Article 1. State Social-Colombia, pluralistic and respectful of human dignity, Article 11-Right to life-Art 43-Right to Equality before the law-; Article 48-Right to Social Security, Article 49 -Right to health services, among others.

INTRODUCCION

El trasplante de órganos o de “componentes anatómicos humanos” en Colombia, se ha constituido en un tema de salud pública, y tanto el Estado Colombiano, como la Jurisprudencia y la Doctrina, han dedicado tiempo y esfuerzos para generar unas políticas y establecer unos lineamientos que sirvan de marco de referencia para el gran número de ciudadanos no solo Colombianos, sino también extranjeros, que demandan ante las autoridades de salud o las Empresas Promotoras de Salud, la consecución e implantación de un órgano, que les permita mejorar sus condiciones de vida, la preservación de la salud y en la mayoría de los casos, la consecución de una vida digna.

Diversas son las formas que se conocen en Colombia, para que se pueda tener acceso a uno o varios componentes anatómicos:

DONACION DE VIVO A VIVO: La persona en vida dona uno de sus órganos para que tenga efectos antes de su muerte. Se requiere que este órgano sea de aquellos catalogados como “pares” o “simétricos”. Es decir que órganos únicos solo pueden cederse pos mortem.²

DONACION DE MUERTO A VIVO: Supone que una persona en vida dispone de sus órganos corporales, para que sean extraídos después de su muerte. “Tal declaración de voluntad debe ser respetada inexcusablemente en caso de que reúna determinados requisitos de validez, tales como provenir de “persona capaz mayor de 18 años, estar libre de vicios y constar en documento público o privado suscrito ante dos testigos hábiles”.³

² FARFAN Molina Francisco. Trafico de Órganos Humanos y la Ley Penal. P. 63
INSTITUTO de Estudios del Ministerio Publico, Imprenta Nacional de Colombia P. 63-69, Bogotá,
Diciembre de 2006.

³ Ibídem P. 65

DONACION DE COMPONENTES ANATOMICOS POR PARTE DE TERCEROS (DEUDOS): “Un presupuesto básico para que resulte viable esta alternativa es que la persona antes de su fallecimiento no hubiere expresado su voluntad en relación con el destino que deben tener sus órganos después de su muerte. Entendidos los deudos como el cónyuge, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como los padres e hijos adoptivos⁴.

ACCESO A UNA PARTE CORPORAL POR MEDIO DE UN TRAMITE ANTE UN BANCO DE ORGANOS: Los bancos de órganos “son instituciones sin ánimo de lucro que se dedican a la obtención, preparación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos distintos de la sangre”⁵.

COMPRAVENTA DE ORGANOS ADQUIRIDOS CONTRA LA VOLUNTAD DEL CEDENTE O SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS DEUDOS, EN EL CASO DE CADAVERES: Este mecanismo de consecución de órganos, es ejercido por personas que clandestinamente se apoderan de componentes anatómicos, bien sea de una persona viva o de un cadáver para venderlos a quienes requieran de los mismos.

Pero ante la urgencia de un trasplante de órgano que busque preservar la salud o la vida de una persona, y teniendo en cuenta que siempre la demanda de órganos es mayor que la oferta, cuál sería el mecanismo expedito e idóneo con que cuentan los ciudadanos para procurarse un trasplante de órganos? La respuesta en Colombia no es otra que la ACCION DE TUTELA, instrumento consagrado en el Art. 86 de la Constitución Política y del cual se han valido tanto los nacionales como los extranjeros para invocar ante los jueces de la Republica, la protección de sus derechos a una salud digna y en procura de la protección de sus vidas.

⁴ Ibídem P. 65

⁵ Ibídem P. 67

La Organización Mundial de la Salud ha establecido unos principios en tratándose de la donación y trasplante de órganos y ha instado a los estados miembros a difundirlos y aplicarlos. Colombia no ha sido ajena a estos lineamientos y ha plasmado los mismos en su legislación interna en procura de estar en consonancia con este organismo internacional. Pero de análoga manera, los jueces de la república en sus diversos pronunciamientos, especialmente relacionados con ACCIONES DE TUTELA que han impetrado los ciudadanos, han acogido estos criterios para resolver y decidir la protección de derechos fundamentales que han sido invocados. Así criterios como el de promover la sensibilización pública y el conocimiento de los beneficios derivados de la donación de órganos; combatir la búsqueda de beneficios económicos en la donación y trasplantes, el tráfico y turismo de órganos; el promover el acceso equitativo a los servicios de trasplante; promover las prácticas óptimas internacionales en los procedimientos quirúrgicos; a reforzar la protección de salud y bienestar por parte de las autoridades nacionales e internacionales de los donantes vivos; a procurar practicas seguras de trasplantes promoviendo la calidad, eficacia epidemiológica y ética en la donación y trasplantes entre otros.

El derecho a tener y gozar de una vida digna, está establecido desde el preámbulo de la Constitución Política, como un valor superior que debe asegurar la organización política, pues tanto las autoridades públicas como los particulares están obligadas a ello, en la prestación de servicios de seguridad social en salud.

“Una de las necesidades fundamentales que tiene el ser humano es la satisfacción de sus requerimientos de salud. El interés público está encaminado a que la salud se proteja, a que salvaguarde, el tener salud aparece como un derecho y cuidar de ella como una obligación. Esta premisa de velar por la salud es un compromiso de todos, est5a consagrado en la Constitución Nacional en cabeza de todas las personas”.⁶

⁶ BARCHA, de Puyana Evelyn, Derecho a Vivir y a Morir Dignamente. Tesis de grado. Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1996.

1. ANTECEDENTES

Si bien es cierto, nuestro estudio está dirigido, al análisis de los conceptos jurisprudenciales que, a partir de la vigencia de la constitución política de 1.991 han expresado los jueces de la Republica sobre el tema de los trasplantes de órganos, y concretamente en los fallos respecto de las ACCIONES DE TUTELA, que han impetrado los ciudadanos tanto nacionales como extranjeros, en procura de aliviar sus dolencias, también es necesario hacer una retrospectiva respecto a cómo ha sido la evolución de los trasplantes de órganos, no solo en Colombia sino en algunos países del hemisferio.

- En 1946 se realizó en Colombia el primer trasplante de córnea, en el Hospital San Juan de Dios; allí mismo se efectuó el primer trasplante de órgano (riñón) en 1966.

- Después del trasplante de córnea siguió el de válvulas cardiacas, de 1959, en la Clínica Shaio; el de huesos realizados en el Hospital San Ignacio, en 1986; y el de piel en el Hospital de la Misericordia años después.

- Medellín es la ciudad pionera en trasplante hepático y cardíaco. Se realizaron en el Hospital San Vicente de Paúl (1979) y en la Clínica Santa María (1985). Tres años más tarde, en 1988, en la Clínica San Pedro Claver de Bogotá, tuvo lugar el primer trasplante de páncreas y en 1997, el primer trasplante de pulmón en Medellín.

- En Colombia hay programas activos de promoción de donación de órganos en Bogotá, Medellín, Cali, Bucaramanga, Barranquilla y Cúcuta, que trabajan con la Corporación DA VIDA - Red Nacional de Trasplantes delegada en 1998 por el Ministerio de Salud para el fomento u organización de la actividad en el país-

- El empeño de pacientes y del personal de salud debe ser constante en aras de obtener los órganos que se requieren para fortalecer la vida de quienes los necesitan. Si en tan sólo cinco años de trabajo organizado a través de la

Corporación DA VIDA Red Nacional de Trasplantes ha logrado cuadruplicar el número de donantes del país, se pueden alcanzar verdaderas marcas internacionales para compartir la vida con los necesitados.

- Los órganos que se pueden trasplantar son: riñón, hígado, corazón, pulmón, páncreas, intestino Delgado, médula ósea y tejidos como córnea, piel y hueso y válvulas cardiovasculares.

- La actividad de la donación está regida en Colombia por la Ley 9 de 1979 y el decreto 1546 de 1998, en cuanto a la obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de órganos o componentes anatómicos y los procedimientos para trasplantes en seres humanos.

2. MARCO CONSTITUCIONAL:

Existe una muy nutrida legislación en Colombia y a nivel mundial, aplicable a la donación de órganos y a la regulación de los trasplantes de componentes anatómicos. A nivel de Constitución política tenemos:

Art. 1º: Colombia Estado Social de Derecho, pluralista y respeto a la dignidad humana.

Art. 2: Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación (...).

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Art. 11: Derecho a la vida

Art. 16: Libre desarrollo de la personalidad

Art. 48: Derecho a la Seguridad Social.

Art. 49: Derecho a los Servicios de Salud.

Art. 366: El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de sus necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

3. MARCO LEGAL:

LEY 100 DE 1.993.

Artículo 2º. PRINCIPIOS: El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

SOLIDARIDAD: Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

LEY 60 DE 1.993:

En los artículos 2º. 3º. Y 4º. Establece la atención integral de salud la cual incluye los procesos de Educación, Información y Fomento, Promoción de la salud y prevención, diagnóstico, tratamiento de la enfermedad y la rehabilitación.

En Colombia, con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1.991 se expidieron algunas normas que buscaban regular la materia en cuanto al trasplante de órganos se refiere. Así se tiene la Ley 9ª. De 1.979 que reguló lo concerniente a la donación o traspaso de órganos de cadáveres o de seres vivos para trasplante u otros usos terapéuticos; se conoció esta norma como Código Sanitario Nacional. Posteriormente se dictaron los decretos 003/82 y 2363/86 reglamentarios de la ley 9ª de 1.979.

Dentro de estas normas se estableció el procedimiento para obtener órganos humanos a través de un banco y la forma como este podía obtener los

componentes anatómicos: De donación hechas en vida por la persona donante para después de su muerte; de cadáveres que hayan sido donados por sus deudos; o de un cadáver abandonado.

Posteriormente se dictó la ley 73 de 1.988 y su decreto reglamentario 1172 de 1.989, que adicionó la ley 9ª. /79 y estableció dos nuevas formas a través de la cual un banco de órganos puede obtener componentes anatómicos: La donación formal de uno de los órganos pares por parte de una persona viva y crea además la figura de la presunción legal de donación.

Seguidamente se dictó el decreto 2493 de 2.004 que se ocupa de “regular la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante o implante de los mismos seres humanos” y se ocupa del consentimiento informado para donación, trasplante o implante.

La ley 919 de 2.004 que establece que “las partes del cuerpo humano no pueden ser objeto de transacciones comerciales”, posición defendida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y por la Organización Médica Mundial. Lo anterior para significar que existe un mercado negro de comercio de órganos, que incluso lleva a que se cometan homicidios, pues las personas por la necesidad de dinero son propensas a cometer este tipo de delitos.

4. LA ACCION DE TUTELA Y EL TRASPLANTE DE ORGANOS PARA COLOMBIANOS:

“Colombia es uno de los países con menor índice de donación de órganos en el contexto mundial. El promedio es solo de 14.7 personas por millón de habitantes, en comparación con España que tiene una tasa de donantes de 34.2 donantes por millón de habitantes. La Unión Europea está en 18.2 donantes por millón de habitantes; Estados Unidos 26.3 donantes por millón de habitantes, Portugal 26.7 donantes por millón de habitantes”.⁷

Dada esta crítica situación, en atención a un número crecientes de pacientes, que demandan la consecución de un órgano para preservar su salud o su vida, y en virtud de que se amplía cada vez más el margen entre oferta y demanda, es cuando surge para los usuarios de estos trasplantes de tejidos u órganos, la necesidad de tener un mecanismo ágil y expedito, que les garantice acceder a estos tratamientos especializados. Este instrumento es la acción de Tutela, contemplada en el Art. 86 de la Constitución Política y regulada por el decreto 2591 del 91.

Múltiples son los factores que se deben tener en cuenta en materia de donación y trasplante de órganos, así en Colombia y otros países, el tema de la donación se ha ventilado atendiendo a criterios tales como concepciones ideológicas, filosóficas y religiosas. Veamos en primer lugar los criterios que ha tenido en cuenta la doctrina y la jurisprudencia cuando ha avocado el estudio para priorizar el trasplante de órganos en las personas que lo requieren:

URGENCIA: Podría ser entendida como un principio de justicia con el fin de priorizar la asignación de un órgano a un paciente que lo necesita; pero de igual manera, este criterio se podría utilizar de manera abusiva por algunos médicos, empresas o instituciones prestadoras de salud ya que estas en

⁷ ARIAS Rubio Edward, GALAN Carlos Fernando, Proyecto de Acuerdo 366 de 2009 Concejo de Bogotá D.C. 21/09/2009

convivencia con pacientes buscarían beneficios personales haciendo mal uso del criterio de la Urgencia.⁸

EDAD: En los niños debe ser considerado este factor como fundamental y de justicia. El trasplante renal para un niño mejora su rendimiento escolar, acelera su crecimiento y consolida su desarrollo psicológico. Para el caso de trasplante de órganos en pacientes de edad avanzada se recomienda facilitar riñones de donantes de edad avanzada a receptores de edad avanzada.⁹

COMPATIBILIDAD: Este sistema es único para la distribución de riñones. Los que lo apoyan se sustentan en datos estadísticos, donde se constata los beneficios que han obtenido pacientes receptores de riñones cuando han utilizado este tipo de compatibilidad HLA, sin embargo no es sano ni aconsejable, dejar de trasplantar con el argumento que no hay compatibilidad.¹⁰

CRITERIOS MIXTOS DE DISTRIBUCION: Se refiere este criterio a que en la asignación de órganos para trasplante como el riñón, se tengan en cuenta no solo la compatibilidad, sino también otros como la edad, el tiempo de lista en espera, o el grupo sanguíneo.¹¹

EL TIEMPO DE ESPERA: Por diversos criterios como el de la compatibilidad, muchos pacientes han tenido que soportar largos periodos por no encontrar donantes compatibles con ellos. Así, otros que han esperado poco tiempo, han encontrado órganos compatibles y han resultado favorecidos. Lo que se busca es que el factor de tiempo de espera sea tenido en cuenta como mecanismo de asignación de órganos.¹²

⁸ SARRIAS Xavier, Ética de los trasplantes, P.5

⁹ Ibídem p. 5

¹⁰ Ibídem p. 6.

¹¹ Ibídem p. 6.

¹² Ibídem p. 7.

HIPERINMUNIZADOS. Es un criterio basado en la justicia para este grupo de receptores que se encuentran preparados para recibir trasplante de órganos. ¹³

PRIMER TRASPLANTE VERSUS REPETIDOS TRASPLANTES. Se tiene como un criterio de Justicia que a una persona que se le haya practicado un trasplante y el mismo no haya sido exitoso, tiene las mismas prerrogativas en procura de preservar su salud y su vida, que tenga una nueva oportunidad para acceder a otro nuevo trasplante. ¹⁴

DISTRIBUCION DE RIÑONES, SEGÚN RESIDENCIA. Este criterio busca que la distribución de órganos para trasplante, se aplique en primer lugar a ciudadanos receptores que se encuentren en la misma jurisdicción de los donantes. ¹⁵

RECEPTORES DE EDAD AVANZADA. Del cual ya se hizo alusión, lo que se busca es que receptores mayores de edad, reciban órganos de donantes mayores de edad. ¹⁶

RECEPTORES CON TRANSTORNOS MENTALES O CON COEFICIENTE INTELECTUAL BAJO. Por su discapacidad no se puede discriminar con ellos. Deben tener las mismas opciones que las demás personas. ¹⁷

RECEPTORES CON PROBLEMAS SOCIALES. Requieren de un trato igualitario y en las mismas condiciones a otros pacientes siempre y cuando cumpla con las prescripciones médicas requeridas. ¹⁸

¹³ Ibídem. P. 7.

¹⁴ Ibídem. P. 7.

¹⁵ Ibídem. P. 7

¹⁶ Ibídem. P. 7.

¹⁷ Ibídem. P. 10

¹⁸ Ibídem P. 7

De igual forma se ha debatido sobre la donación y trasplante de órganos post-mortem y los interrogantes de tipo ético -médicos en relación con el concepto de muerte cerebral o cardiovascular.

La sentencia C-810 de 2.003 de la Corte Constitucional expresó: “algunos de los posibles interrogantes que se plantean en relación con la donación de órganos tienen que ver con el tipo de persona que puede considerarse apta para donar, dado que es necesario diferenciar para efectos de donación de órganos entre personas adultas, menores de edad e incapaces, así como también entre cadáveres sin identificar o abandonados, e incluso si es ética y jurídicamente posible compensar una donación con un tipo de beneficio jurídico”.

5. MUERTE CEREBRAL. Ha sido definida como la pérdida irreversible de la función del organismo humano como un todo. Este es un concepto biológico que presupone e implica la pérdida irreversible de la consciencia y la capacidad de reacción (la consciencia y arreflexia), y la pérdida irreversible de la capacidad de respirar (apnea) y, por tanto, mantener un latido cardíaco espontáneo (asistolia)¹⁹.

Importante es resaltar aquí, lo señalado en el “informe de Harvard” publicado en 1.968, y sobre el cual, una década antes se habían referido Mollaret y Goulon: “Estos médicos acuñaron la expresión coma déppassé – es decir, “estado más allá del coma” o literalmente, “coma sobrepasado” –para denominar esta situación. Sus investigaciones tuvieron su origen en el desarrollo de las técnicas de reanimación. La pregunta que se hace es si una mujer en estado de embarazo, pero con muerte cerebral, puede llevar adelante su embarazo y traer al mundo un niño vivo?... la respuesta es que si se reconociera que esa mujer no es todavía un cadáver, entonces se verían

¹⁹ SARRIAS Xavier, Ética de los trasplantes, P.14

obligados a admitir también que los pacientes de los que se extraen los órganos para los trasplantes no son todavía cadáveres”²⁰

“En Colombia el Art. 18 decreto 2493 de 2.004 para que opere la presunción legal de una donación, se exige que se declare la muerte encefálica, luego de la práctica de los exámenes clínicos respectivos. También hay que recordar, que para la práctica de necropsias médico-legales se debe observar el decreto 2493 de 2.007 art. 22; el decreto 2699 de 1.991, artículos 159 y 161 o Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y el decreto 0786 de 1.990 reglamentario de la ley 9 de 1.988 y que establece las situaciones en las que debe practicarse necropsia: homicidio o sospecha de homicidio, suicidio o sospecha de suicidio, para distinguir entre homicidio y suicidio, muerte accidental o sospecha de la misma entre otros casos.

La sentencia C-933 de 2.007 de la Corte Constitucional se ha pronunciado, en relación los principios que gobiernan un estado liberal y democrático de Derecho y en temas puntuales como la libertad de conciencia –art. 18 C.N.-; del cual se derivan otros derechos individuales como la libertad de religión y de cultos –art. 19 C.N.-; y el libre desarrollo de la personalidad –art. 16 C.N.-; reitera la Corte: “...la persona humana digna y libre no puede ser utilizada o sacrificados sus derechos para satisfacer o alcanzar fines colectivos o sociales, por muy altruistas que estos sean, en este caso la donación de órganos para ser utilizados en fines de trasplante y terapéuticos; si ello desconoce sus derechos fundamentales de libertad de conciencia, de religión y de cultos, y el libre desarrollo de su personalidad. Esto encuentra su fundamento en el reconocimiento del ser humano con un ser con dignidad, esto es, con un valor intrínseco del que no se puede predicar valor de cambio, y que por tanto no puede ser utilizado simplemente como un medio para alcanzar fines, cualesquiera que ellos sean, sino siempre y al mismo tiempo como un fin en sí mismo, esto es, como un ser libre y autónomo. Este es el fundamento filosófico

²⁰ BECCHI Paolo, Muerte cerebral y Trasplante de Órganos. Un Problema Jurídico. Traducción de Érica Frontiny y Álvaro Núñez Vaquero. Editorial Trotta S.A. 2.011 p. 23

esencial de la tradición liberal de origen Kantiano y del Estado liberal y Democrático de Derecho”.²¹

La Corte ha hecho el anterior pronunciamiento, a propósito del estudio de exequibilidad del Art. 2 de la ley 73 de 1.988 y del artículo 19 del decreto 2493 de 2.004; y en cuanto al pronunciamiento, que deben hacer los deudos del fallecido, que no haya expresado en vida, su deseo de donar sus órganos, ratificando que las normas se ajustan a la carta magna y el Estado puede hacer uso de los órganos del fallecido si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte encefálica o antes de la iniciación de la necropsia, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en tal sentido, con la aclaración que el conector “o” debe entenderse que cumple una función incluyente. Es decir que se requiere que se haya agotado el término de las seis horas como mínimo para que los deudos se pronuncien sobre el destino de los órganos del interfecto.

La sentencia T-111 de 2.010 con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, se ha pronunciado en relación con una paciente que solicita vía ACCION DE TUTELA, se modifique la asignación de turnos para la obtención de componentes anatómicos. La accionante llevaba 1.380 días en lista de espera para ser trasplantada. Ha dicho la Corte Constitucional que “la acción de tutela, no es procedente para ordenar a la Coordinación Regional de Red de Donación y Trasplantes de la Secretaría de Salud que modifique la asignación de los turnos para la obtención de componentes anatómicos para realizar un trasplante de órganos. Los jueces de tutela no pueden ordenar trasplante de órganos en términos perentorios, por cuanto afectarían a otros pacientes que se encuentran en la misma situación y se desconocerán los criterios médicos y prioritarios determinados para este tipo de cirugías”.

Lo anterior para significar, que si bien es cierto, los Jueces de la República deben velar porque se respeten los derechos fundamentales a la salud y a la

²¹ Sentencia C-933 DE 2007, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería

vida de las personas nacionales o extranjeras, cuando requieran de las autoridades el trasplante de órganos, ello no significa que se tenga que desplazar a otros ciudadanos o pacientes que se encuentran en igualdad de condiciones médicas, pues como ya se plasmó existen una serie de criterios que deben ser valorados tales como el estado de salud del paciente, la gravedad de la enfermedad, la compatibilidad con el grupo sanguíneo, etc.. Es decir la ACCION DE TUTELA si es el mecanismo idóneo para que al paciente que la invoque, se le ubique en la lista de espera, pero sin desmedro de otros pacientes con iguales derechos.

La Corte Constitucional en sentencia T-568 de 2.006 señaló: "...no existen criterios definidos para la adjudicación de los órganos disponibles. La regulación simplemente determina en el artículo 25 del decreto 2493 de 2.004, el principio de la no discriminación, así como la distribución territorial de los órganos y el artículo 29 de la resolución 2640 de 2.005, que tan sólo avala los criterios de asignación de componentes anatómicos, es decir, aquellos empleados por las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud hasta el momento".

Como excepción a la regla anterior, tendrían prelación para el trasplante de órganos, los pacientes escalonados en estado de urgencia "grado cero", pues en estos casos, se haría perentorio el trasplante, sin necesidad de acudir a la acción de tutela "permitiendo garantizar el primer órgano que aparezca en el país"²² .

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-433/09. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

5. LA ACCION DE TUTELA Y EL DERECHO DE TRASPLANTE DE ORGANOS PARA EXTRANJEROS:

En materia de trasplante de órganos, Colombia no está supeditada únicamente a lo consagrado en su legislación interna, sino que debe observar lo que en esta materia se ha pactado en convenios internacionales aceptados y suscritos por el estado colombiano.

Así tenemos entre otros los siguientes: “**LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS** (Organización de los Estados Americanos), ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1.973, exige a todos los Estados partes la protección del derecho a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5) respecto a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1) “. ²³

EL PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES: “Colombia ha ratificado el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual protege el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1.969.” ²⁴

EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR: “El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1.997, protege el derecho a la salud (artículo 10)...los estados partes se comprometen a garantizar la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado”.

LA DECLARACION DE MAR DEL PLATA, llevada a cabo el 17 de noviembre de 2.005 en la ciudad de Mar del Plata-Argentina. Contempla entre sus lineamientos que “...los estados miembros deben proporcionar servicios de

²³ Ibídem

²⁴ Ibídem

trasplante de calidad en beneficio de sus ciudadanos, garantizando la universalidad, accesibilidad y equidad”.²⁵

Dentro de los aspectos generales inmersos en esta declaración tenemos:

1º. La práctica de trasplantes debe estar precedida de normas jurídicas nacionales que regulen la donación y trasplante de órganos y tejidos.

2º. Los Estados deben introducir en su legislación interna normas regulatorias consensuadas y aceptadas por organismos Internacionales.

3º. Debe existir en cada uno de los países suscriptores de esta declaración, un organismo oficial Nacional que coordine la actividad de obtención, donación y trasplante de órganos o tejidos.

4º. Todos los países deben contar con un registro nacional contentivo de lista de personas en espera, registro de donantes y registro de trasplantes.

5º. La transparencia en la actividad de trasplante de órganos, debe ser esencial y prioritario, para evitar el comercio ilícito de órganos o el turismo de órganos.

6º. Dentro de la normatividad nacional en materia de trasplantes de órganos se deben tener en cuenta los siguientes principios:

a): Altruismo en la donación de órganos y tejidos.

b): Un sistema nacional de asignación de órganos y tejidos.

c): Equidad en el acceso a listas de espera.

d): Regular la donación de órganos a familiares.

e): Observar estándares mínimos de calidad y seguridad sanitarias.

7º. Los estados suscribientes de la declaración deben compartir con el Consejo Iberoamericano las estadísticas e información sobre trasplantes.

²⁵ CONSEJO IBEROAMERICANO DE DONACION Y TRASPLANTE. Declaración del Mar de Plata Argentina. Noviembre 17 de 2005 p.1-6

8°. Los estados miembros de esta convención deben procurar crear conciencia acerca del valor y la necesidad de donar sus órganos para después de su muerte.

9°. Quedan proscritos los incentivos económicos en el trasplante y donación de órganos y tejidos.

10°. Se requieren fuertes medidas de los Estados para combatir el comercio ilegal de órganos o la compra-venta de los mismos.

11°. El intercambio de órganos y tejidos entre Estados debe obedecer a convenios firmados por los mismos estados.

12°. Propender por capacitación para sociedades científicos y profesionales que desarrollen actividades de trasplante de órganos.

DECLARACION DE ESTAMBUL EN RELACION AL TRÁFICO DE ORGANOS Y TURISMO EN TRASPLANTE:

Declaración firmada el 2 de mayo de 2.008 en Estambul-Turquía.

El sentido altruista de la donación y trasplante órganos a nivel mundial, se ha visto opacada por prácticas ilegales relacionadas con el tráfico y comercio ilícito de órganos y tejidos, llevada a cabo por ciudadanos extranjeros que prevalidos de grandes recursos, buscan proteger sus vidas y preservar la salud.

Temas como el anterior, o la implementación de programas educacionales con miras a eliminar barreras e incentivar la donación de órganos; o una adecuada infraestructura y especialistas y programas sanitarios de atención a donantes vivos antes, durante o después de la cirugía, son apenas algunos de los motivos que incentivaron a los países suscriptores de esta DECLARACION a reunirse y fijar una serie de pautas tendientes a corregir las falencias que se vienen presentando en relación con el tema de donación y trasplante de órganos y tejidos.

Cuando se habla de “tráfico o comercio de órganos”, estamos hablando de tratar el órgano “... como un bien económico que puede ser comprado, vendido o utilizado como mercancía.”²⁶

En síntesis, la declaración de ESTAMBUL contiene los mismos principios y propuestas que ya fueron sintetizadas atrás, en la declaración de MAR DEL PLATA; propenden ambas, porque los estados signatarios adecuen, observen y cumplan una serie de normas que busquen dinamizar y humanizar al trasplante, donación de órganos y tejidos humanos.

Pero de igual manera, en relación con el tema de los extranjeros, la honorable Corte Constitucional se ha pronunciado por vía de tutela y en tratándose de trasplante de órganos para ciudadanos extranjeros. Así, la Sentencia de Tutela T-215 de 1.996 al analizar una acción impetrada por la ciudadana Raquel Estupiñan Henríquez en defensa de sus menores hijos y con ponencia del magistrado FABIO MORON DIAZ expresó: “El derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, así como todo el conjunto de derechos constitucionales fundamentales de los niños que se reconocen en su favor por la Carta Política y por los tratados internacionales suscritos por Colombia, que incluye sin duda a los hijos de los extranjeros en Colombia, también están llamados por la misma normatividad constitucional a ser protegidos y garantizados por la “familia, la sociedad y el Estado” y comprenden a todo menor sin discriminación alguna, .Aquellos menores y sus derechos no pueden ser objeto de actuaciones discrecionales de las autoridades públicas que los lesionen o afecten aunque medie la circunstancia de que el padre del menor sea un extranjero y se encuentre en situación de irregular permanencia en el territorio nacional.

Se garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales”.

²⁶ URIBE Mario. Revista Médica de Chile. Declaración de Estambul en relación del tráfico de órganos y turismo en trasplante. Santiago de Chile Agosto de 2009. P. 1-5

La Constitución Política en cuanto a los derechos de los extranjeros ha establecido una normatividad que regula el comportamiento del Estado con respecto a los extranjeros. El Art. 100 de la carta política señala que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos y de las mismas garantías de que gozan los nacionales, salvo las limitaciones que establezca la Constitución y la Ley. Por su parte el Art. 4º. Inciso segundo de la Constitución expresa: “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

De estas y otras normas de rango superior se desprende que ni el legislador, y la autoridad administrativa ni siquiera por vía de reglamento pueden establecer limitaciones con respecto a los derechos que le asisten a los extranjeros en relación con el trasplante de órganos, como lo quisieron hacer con la expedición de los decretos 2241 de 1.993 o 2268 de 1.995, al ponerle talanqueras cuando un ciudadano extranjero requiera de un trasplante –cuando al decir de la norma-, “...deberá esperar a que se agote la lista de espera de los nacionales”.

Por su parte, la Sentencia de tutela T-269 de 2.008, magistrado JAIME ARAUJO RENTERIA de la Corte Constitucional, y con respecto a la limitante establecida en el Art. 40 del decreto 2493 de 2.004 que reza: “la prestación de servicios de trasplante de órganos o implante de tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, podrá efectuarse siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera”.

El art. 86 de la Constitución Política ha otorgado legitimación a los extranjeros para impetrar acciones de tutela. La norma superior consagra que “toda persona” podrá solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales y cuando señala a “toda persona” no distingue entre persona natural o jurídica, nacional o extranjera”.

De igual forma, el art. 100 de la norma superior otorga a los extranjeros “los mismos derechos civiles” que se conceden a los nacionales. Complementa lo anterior, el Art. 13 de la misma carta, que expresa que a nadie se le puede discriminar por razón de su “origen nacional”.

Toda esta normatividad de plena vigencia en Colombia, es lo que nos lleva a pensar, que los extranjeros, también pueden hacer uso de los mismos derechos e instrumentos como la ACCION DE TUTELA, para reclamar de las autoridades e instituciones públicas la protección de sus derechos a la vida y a la salud.

6. LA ACCION DE TUTELA Y EL TRASPLANTE DE ORGANOS EN RELACION CON LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS:

Diversos son los instrumentos o mecanismo de carácter internacional y nacional, que se han ocupado de la protección de los derechos de los niños, y que deben ser tenidos en cuenta cuando en tratándose de trasplante de órganos, se deben observar, con miras a no vulnerar los derechos de quienes requieren especial protección dada su falta de madurez, su indefensión, y su vulnerabilidad.

Uno de los principios que constitucionalmente tiene validez en la protección de los derechos de los niños, es el principio de solidaridad social consagrado en el artículo 95 de la Constitución Nacional.

Este principio fundamental propende porque personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad manifiesta, y ante situaciones que sean apremiantes y que amenacen riesgo para la salud y la vida de una persona, la Corte Constitucional ha expresado que se hace exigible a toda persona, implementar las medidas necesarias y urgentes que eviten la violación ostensible de esos derechos fundamentales y que esta exigencia nace precisamente de la situación de urgencia que se predica.

Así mismo lo consigno la sentencia C-400 de 2003:

“El criterio de urgencia manifiesta, como requisito para la exigibilidad del principio de solidaridad social, fue utilizado por la Corte cuando estudio el caso de una menor y su padre portadores del VIH-SIDA, a quienes la institución hospitalaria se negó a suministrarles el servicio de atención en salud con base en la ausencia de contratos con el Estado para el cubrimiento de personas de escasos recursos económicos. Esta Corporación señaló que “La negativa de la accionada de brindar asistencia médica al actor, argumentando que no ha celebrado ninguna clase de contrato con el Estado para prestar sus servicios a personas que carecen de recursos económicos, implica, de parte de ésta, una actitud con la cual, además de pretender negar que en el caso específico que se revisa existe la probabilidad de que haya conexidad entre el tratamiento que

*le dispensó al actor a raíz del accidente, cuyos costos fueron sufragados por él, y la enfermedad que actualmente lo tiene al borde de la muerte, sobre la cual deberá pronunciarse el juez ordinario, una posición radical por parte de la misma, que desconoce el principio de solidaridad que nos obliga a todos los colombianos. En efecto, el artículo 1 de la C.P., consagra como principio fundante del Estado colombiano el de la solidaridad, el cual ha dicho la Corte, “...ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad”.*²⁷

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos aprobada en Viena el 25 de Junio de 1993, reconociendo y afirmando que los Derechos Humanos se originan en la dignidad y en la persona humana y que esta persona humana es sujeto de derechos tales como el de la Libertad e igualdad de todos , sin hacer distinciones de raza, sexo, idioma o religión.

La declaración en cita insta a sus Estados miembros, a la pronta ratificación de la Convención sobre Derechos de los niños y a la inmediata toma de medidas legislativas y administrativas en favor de los niños.

Recomienda la no discriminación de los niños e invita a reforzar los mecanismos y programas de protección de la niñez.

“La no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados. Deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los niños en situaciones de conflicto armado y los niños

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-394 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

*víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades. Deben fomentarse la cooperación y la solidaridad internacionales en apoyo de la aplicación de la Convención y los derechos del niño deben ser prioritarios en toda actividad del sistema de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”.*²⁸

Claramente la conferencia de Viena, reconoce las graves violaciones que se vienen cometiendo en materia de derechos humanos, en contra de los niños y niñas, y exige a los países miembros, la adopción de políticas urgentes y drásticas, con miras a prevenir que precisamente, los más débiles y vulnerables se vean sometidos a tratos crueles e inhumanos. Ha considerado la declaración de Viena, que aún en temas como el Trasplante de Órganos, los niños y niñas han sido violentados, no solo porque son sujetos de prácticas irregulares en materia de trasplante de órganos, sino porque también sus derechos que deben tener especial predilección han sido desconocidos.

Precisamente factores tales como la pobreza extrema o la exclusión social, son el terreno abonado para que grupos de traficantes, se provechen de estas circunstancias de marginalidad, y sometan a estos indefensos seres humanos, al comercio ilegal de órganos, en algunos casos con la anuencia de los padres o tutores, que por necesidad, se ven obligados a exponer la vida de sus pequeños, con miras a satisfacer requerimientos o necesidades de otras naciones o grupos de mercaderes de órganos, a quienes hay que combatir con la fuerza de las disposiciones internacionales y nacionales.

Como instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños tenemos:

La Declaración de Ginebra de 1.924 sobre los derechos de los niños.

La Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1.959, en donde su

²⁸ CONFERENCIA MUDIAL DE DERECHOS HUMANOS. Asamblea General 1.993.

principio No. 2 estableció: “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley o por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.²⁹

“La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- suscrita y aprobada en Colombia mediante la ley 16 de 1.972, en su artículo 19 ordenó: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y el estado” y de igual forma, en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1.989 y aprobada por Colombia mediante la ley 12 de 1.991 se convino: “(...) Artículo 3. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.³⁰

“También quedan comprendidos los hijos de los extranjeros que se encuentren en circunstancias de irregular estancia o permanencia en el territorio colombiano –artículos 9 y 10 de la convención”.³¹

En armonía con estos instrumentos internacionales de protección de los Derechos de los Niños, la constitución política de 1.991, también incorporó dentro de su normatividad, algunas normas con rango constitucional, tendientes también a dar protección prioritaria a los derechos de los niños: así el Art. 44 Superior estableció que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social entre otros, pero

²⁹ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA. Radicado No. 73001110200020080009901. M.G. Angelino Lizcano Rivera

³⁰ *Ibidem*

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-215 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz. P.5

además estableció que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Necesario resulta concluir entonces, que quienes vean vulnerados sus derechos fundamentales de los niños y niñas, tienen unos instrumentos internacionales y nacionales, que pueden hacer valer ante los jueces de la república con miras a proteger esos derechos a la salud y a una vida digna. La acción de Tutela, emerge como un mecanismo idóneo y expedito, con que contarían los niños y niñas para procurarse un tratamiento médico tal como un trasplante de algún órgano vital o un tejido humano.³²

A propósito de la prevalencia de la atención médica en niños y niñas, con respecto a la demanda de inconstitucionalidad del numeral 6 artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 y en relación con la expresión...”Garantizar la actuación inmediata del personal medico y administrativo.”

La corte Constitucional en Sentencia C-900 analizó si se desconocieron los artículos 16, 18 y 29 de la Constitución Política, al consagrar como una de las obligaciones del estado la de garantizar que el personal medico atienda de manera inmediata a los niños y niñas que se encuentran hospitalizados y requieren intervención quirúrgica con miras a preservar su salud y su vida.

El Artículo 8 del Código de Infancia y Adolescencia expresa que el interés superior del niño prevalece sobre los demás y el artículo 25 del mismo código se pronuncia en el mismo sentido.

En toda decisión administrativa o judicial que deba adoptarse en relación con los niños y niñas prevalecerán estos derechos y en relación con los de cualquier otra “persona.

En conclusión el artículo 44 de la Constitución política tiene a los niños y niñas como sujetos de especial protección Constitucional y expresa que sus

³² CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Asamblea General de las Naciones Unidas. Noviembre 20 de 1989

derechos prevalecerán sobre los demás respetando ese principio Internacional del interés superior en el tratamiento de los menores.

7. PERSPECTIVAS DE LOS TRASPLANTES DE ORGANOS:

Se ha hecho un recorrido acerca de los trasplantes de órganos en Colombia y en algunos países del mundo.

Se hizo historia sobre desde cuándo y con qué clase de órganos se inició en Colombia el trasplante de órganos, al igual que se mencionó los centros de salud especializados que son pioneros en esta materia. De igual manera se trataron las clases de donaciones que se conocen hasta el momento, al igual que se hizo énfasis en los criterios que se deben tener en cuenta para autorizar trasplantes de componentes anatómicos. Se mencionaron los criterios jurisprudenciales que han acogido los jueces de la república cuando se ha invocado ante ellos, diversas acciones de tutela en busca de la preservación de la salud y la vida.

Todo lo anterior es perfectamente válido en un contexto donde la única perspectiva para salvar la vida de pacientes fuera o siga siendo la donación y los trasplantes de órganos; pero claro está, según las estadísticas la demanda es día a día mayor que la oferta de donantes. Son muchas las vidas que se están perdiendo de manera continua, por la falta de un número suficiente de donantes y por la carencia de unas políticas claras y reales que busquen satisfacer el número creciente de pacientes que demandan con urgencia órganos vitales para salvar sus vidas. Seguir por el mismo camino, es decir depender de la oferta y la demanda es someter a muchas personas a una muerte segura y peor aún, es condenarlos a vivir engañados con la esperanza que en algún momento van a ser favorecidos con un trasplante de órgano.

La sociedad actual, y la supervivencia misma de los demandantes de órganos no tendrán un futuro promisorio, si continúan en la misma línea de jugar con la oferta y demanda de órganos. Se hace necesario pensar en mecanismos científicos alternativos que permitan en un futuro inmediato, solucionar la brecha entre demanda y oferta, y para ello, debe pensarse en lo que los científicos han denominado NUEVAS TECNICAS PARA LA REGENERACION DE ORGANOS. En qué consiste este procedimiento?

Los expertos afirman que la solución puede estar en las células madre, las cuales al ser insertadas, tendrán la capacidad de dividirse y convertirse en nuevas células. “Una nueva técnica para insertar células madre en tejidos dañados podría permitir en un futuro la regeneración de órganos y reducir la dependencia de las donaciones, según publica la revista británica “The Lancet”. La mayoría de los tejidos del cuerpo poseen una población específica de células madre que permiten su regeneración cuando se produce algún daño. Sin embargo, cuando el daño está demasiado extendido, estas células no son suficientes, y es necesario recurrir a un trasplante, una intervención que se repite más de 104 mil veces al año en todo el mundo. Los últimos avances de la medicina regenerativa han hecho que la reconstrucción de órganos y tejidos a partir de células madre parezca cada vez más posible. Una terapia que contribuiría a reducir la demanda de órganos...”³³

No hay duda, la ciencia debe avanzar en la búsqueda de nuevas técnicas que permitan establecer medicamentos, procedimientos quirúrgicos y tratamientos científicos para combatir las múltiples enfermedades que aquejan a la población mundial. De igual manera, las naciones civilizadas, y sus gobernantes, están en la obligación de dedicar los esfuerzos humanos, económicos, técnicos y científicos con miras a establecer nuevos métodos de consecución de soluciones para problemas tan crecientes como la carencia de órganos o componentes anatómicos para superar la creciente demanda de los mismos. Las nuevas técnicas de regeneración de órganos parece ser uno de los caminos mas esperanzadores para los pacientes que demandan la consecución de un órgano para salvar su vida o para preservar su salud.

³³ EL INFORMADOR. Guadalajara Jalisco. Nuevas Técnicas para la regeneración de órganos. Marzo 23 de 2012. P.2

8. CONCLUSIONES

- Colombia es uno de los países en el contexto latinoamericano con menor índice de donantes de órganos y con un alto número de pacientes en espera de un trasplante de órganos.
- Colombia ha establecido en su legislación interna diversas formas de acceder a un trasplante de órganos: La donación de vivo a vivo, donación de muerto a vivo, por parte de terceros, a través de un banco de órganos entre otros.
- Colombia en su legislación interna, esto es en su Constitución Política, Ley 100 de 1993, Ley 60 de 1993, Ley 73 de 1988, Ley 9 de 1979, Ley 919 de 2004 entre otras disposiciones han establecido unos principios orientadores para la protección de derechos fundamentales relacionados con la vida, la salud, dignidad humana entre otros.
- La Constitución Política de Colombia reconoce a los extranjeros residentes en Colombia un trato igual a sus Nacionales.
- Los extranjeros residentes en Colombia pueden impetrar acciones de tutela en la búsqueda de protección de los Derechos Fundamentales.
- El interés superior de los niños y niñas ha sido reconocido, no solo en los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por Colombia, sino que se ha elevado a rango Constitucional, en cuanto tenga que ver con la protección de los derechos a la salud, vida y dignidad humana.

BIBLIOGRAFIA

ARCINIEGAS MARTINEZ, Guillermo Augusto. Los Trasplantes de órganos humanos y el consentimiento del sujeto pasivo. Tesis de Grado, Universidad Externado de Colombia, 1.984.

ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al código Penal Colombiano, Edit. Temis, 1.984.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Ariel Derecho, 1.985. Introducción al Derecho Penal. Edit. Temis, 1.986.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Edit. Cámara de Representantes, Imprenta Nacional, 1986.

CODIGO PENAL. Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000. Edit. Leyer. 2005

ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho Penal. Parte General, 2ª edición, Temis 1986..

FARFAN MOLINA, Francisco. Tráfico de Órganos Humanos y ley penal. Procuraduría General de la Nación, Bogotá, diciembre de 2.006.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso, Delitos contra la vida y la integridad personal. Universidad Externado de Colombia, 1991

GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, y URBANO MARTINEZ, Jose Joaquín. “Delitos contra la vida y la integridad personal”. En Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. 2003.

HERNANDEZ HENRIQUEZ, Ignacio. Los trasplantes de órganos. Tesis de grado, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 1987.

LEY 9ª/79 – CODIGO SANITARIO NACIONAL Y DECRETOS REGLAMENTARIOS 003/82 y 2363/86. Temis, 1987

PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal especial. Tomo V, Edit. Temis.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Parte general, 9ª. Edición. Universidad Externado de Colombia

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES:

Sentencia Corte Suprema de Justicia
Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez
Nueve de Diciembre 2009

Sentencia Consejo de estado
Sala de lo Contencioso Administrativo
Consejero Ponente: Julio Enrique Correa Restrepo
Dieciséis de Junio 2000

Sentencia T-658/2006 Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño
Diecinueve de Julio de 2006.

Sentencia T-433/2009 Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla
Primero de Julio del 2009.

Sentencia T-1037/2004 Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Gal vis.
Veintinueve de Junio del 2004

Sentencia T-993/2010 Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
Tres de Diciembre de 2010

Sentencia T-265/2010 Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Mauricio Gonzales Cuervo
Dieciséis de Abril del 2010

Ley del 1988

Diario Oficial No. 38.623

Veintiuno de Diciembre de 2008

ETICA DE LOS TRASPLANTES, DR. XAVIER SARRIAS

". (Régimen Legal de Bogotá, Secretaría General, publicación 21-09-09, pág. 9).

(Red-Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante. Pag. 1)

(4- Revista médica de Chile-Declaración de Estambul. Pág. 2).

(Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, M.G. Angelino Lizcano Rivera. Radicado No. 73001110200020080009901.)

(Sentencia de Tutela T-215 de 1.996, pág. 5).

Consejo Superior de la Judicatura, proceso 2.007-80079.

Convención de Derechos del Niño. 1.989.

REFERENCIAS WEB:

Monografía sobre Trasplantes

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7yWFjLciCKsJ:www.monografias.com/trabajos16/transplantes-organos/transplantes-organos.shtml+transplante+de+órganos&cd=2&hl=es&ct=&source=www.google.com>

Noticias y Reglamentación sobre donación de Órganos:

<http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=694812>

<http://www.presidencia.gov.co/sne/2004/agosto/11/07112004.htm>

<http://www.informanos.net/030615/redtransplantesdonarorganos.htm>

http://www.elportaldelasalud.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=937

www.eltiempo.com/ Redacción Salud. Octubre 21 de 2.011.