

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATÓMICOS PARA EXTRANJEROS
NO RESIDENTES: DERECHOS DE NACIONALES Y EXTRANJEROS
RESIDENTES AFECTADOS**

SANDRA VIVIANA MARTÍNEZ PUENTES

MONOGRAFÍA DE GRADO

DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO: DRA. DIANA ROCÍO BERNAL

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS
BOGOTÁ D.C.
2013**

**TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATÓMICOS PARA EXTRANJEROS
NO RESIDENTES: DERECHOS DE NACIONALES Y EXTRANJEROS
RESIDENTES AFECTADOS**

SANDRA VIVIANA MARTÍNEZ PUENTES

MONOGRAFÍA DE GRADO

DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO: DRA. DIANA ROCÍO BERNAL

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2013

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	4
DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO	5
JUSTIFICACIÓN	5
OBJETIVOS	9
METODOLOGÍA PROPUESTA	10
MARCO TEÓRICO	16
CAPÍTULO No. I: TRASPLANTE Y DONACION DE ÓRGANOS DEFINICIÓN TÉCNICA Y GENERALIDADES	16
CAPÍTULO No. II: TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA: LEGISLACIÓN APLICABLE – DECRETO 2493 DE 2004	34
CAPÍTULO No. III: TITULARIDAD DEL DERECHO A LA SALUD Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS	49
CAPÍTULO No. IV: ANALISIS JURISRPUDENCIAL POR VIA ACCIÓN DE TUTELA: TRASPLANTE DE ORGANOS EN EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN COLOMBIA	71
CAPÍTULO No. V: IGUALDAD: NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES CON RESPECTO A EXTRANJEROS NO RESIDENTES	84
CONCLUSIONES	100
ANEXOS	112
REFERENCIAS	114

TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATÓMICOS PARA EXTRANJEROS NO RESIDENTES: DERECHOS DE NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES AFECTADOS

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación se encuentra encaminada a la determinación de la procedencia de una acción de tutela interpuesta por un extranjero no residente en Colombia, con el fin de proteger su derecho a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida para acceder a los servicios de trasplante de órganos y tejidos, tomando como punto de referencia la restricción dispuesta por el artículo 40 del Decreto 2394 de 2004 al respecto, a fin de analizar si con el amparo a este mecanismo de protección y aplicación de derechos, se desconocen o no los derechos de nacionales y extranjeros residentes en Colombia que se encuentran en lista nacional y regional de espera para la adquisición de componentes anatómicos con fines de trasplante.

Para lo anterior, se realizará una revisión bibliográfica alimentada por jurisprudencia con *carácter de precedente obligatorio emitida por la Corte Constitucional, relacionada con el régimen aplicable a extranjeros no residentes en materia de trasplante de órganos, fundamentabilidad de los derechos, acción de tutela como mecanismo de protección y aplicación del juicio integrado de igualdad; así como por doctrina relacionada con trasplante de órganos desde una óptica conceptual y legal. Adicionalmente, se realizará una evaluación jurisprudencial sobre sentencias de tutela donde se evidencien casos en los cuales extranjeros no residentes en Colombia, interponen dicho mecanismo de protección para lograr la aprobación de servicios de trasplante de componentes anatómicos, con el fin de establecer si al amparar la acción propuesta, se afectan derechos de ciudadanos nacionales y extranjeros residentes en Colombia.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO:

a. Planteamiento de la pregunta o problema de investigación y su justificación en términos de necesidades y pertinencia; marco teórico y estado del arte.

En virtud de la Constitución Política de 1991, Colombia se consagra como un estado social de derecho en forma de República Unitaria, pluralista, democrática y participativa, entre otras calidades, que se funda en el respeto de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad. En desarrollo de dichos principios, se instauran una serie de mecanismos de protección y aplicación de derechos, dentro de los cuales se encuentra la acción de tutela, contemplada en el artículo 86 de la Carta Política y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, entendida como un mecanismo eficiente para el amparo de **derechos constitucionales fundamentales**, que podrá ser ejercido por cualquier persona que considere que alguno de sus derechos le está siendo vulnerado, a saber: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en las casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela”*.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha enunciado ciertos criterios bajo los cuales se puede llegar a determinar qué derechos pueden ser considerados como constitucionales fundamentales y, en consecuencia, podrán ser protegidos a través de la interposición de una acción de tutela. Entre dichos criterios *“se destaca que el derecho sea esencial para la persona”* (Corte Constitucional, 1993), siendo coherente que el primero de ellos que debe ser objeto de protección es el derecho a la vida.

Reconociendo la naturaleza pluralista de nuestro Estado en diferentes apartes

de la Constitución se incluyen derechos y deberes a los extranjeros, verbigracia, el artículo 4 reza lo siguiente: “*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 forma particular, la Carta Política en su artículo 100, otorga a los extranjeros la posibilidad de disfrutar de los mismos derechos civiles y garantías concedidos a los ciudadanos nacionales, restringiendo únicamente la posibilidad de ejercer derechos políticos en determinados casos.

Teniendo en cuenta que “*cualquier persona*” está legitimada para interponer una acción de tutela de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, este mecanismo de protección no es ajeno para los extranjeros que se encuentren dentro del territorio, siendo posible que estén facultados para formularla ante un juez de la República en aquellos eventos en los que consideren que sus derechos fundamentales, en el marco de lo establecido por la Constitución y las disposiciones consonantes del bloque de constitucionalidad, son desconocidos por autoridades públicas o individuos, considerando lo dispuesto en los artículos de la Carta mencionados con precedencia.

Por su conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la salud puede ser protegido a través de la interposición de la acción de tutela ante los Jueces de la República. La Corte Constitucional ha dispuesto que “***todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado***” (Corte Constitucional, 2010). Aún cuando no se trata de un derecho constitucional fundamental “autónomo”, su conexidad natural con el derecho a la vida reafirma la tesis inicial de la Corte al evidenciar que es un derecho que hace parte esencial del hombre. Esto implicaría que al no amparar el derecho a la salud cuando este es gravemente afectado, el derecho a la vida podría ser desconocido teniendo en cuenta la relación

inmediata que existe entre los dos. Por consiguiente, la acción de tutela se configura como un mecanismo de protección efectivo para estos derechos a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991.

Como caso particular, extranjeros no residentes en Colombia que visitan transitoriamente nuestro país para someterse a tratamientos médicos relacionados con trasplante de órganos o tejidos, utilizan este mecanismo de protección para lograr el amparo de estos derechos, con el propósito de lograr la adquisición de componentes anatómicos con fines de trasplante que les permitan mejorar sus condiciones de vida, teniendo en cuenta que generalmente se trata de individuos que sufren graves enfermedades que requieren procedimientos sustitutivos como único tratamiento efectivo. Considerando que la Carta Política establece que la acción de tutela debe tener un trato preferente y sumario frente a los demás procesos, los Jueces con el fin de proteger los derechos fundamentales aparentemente vulnerados a los extranjeros no residentes que las formulan, pueden conceder el amparo invocado y obligar a las instituciones prestadoras de salud a realizar los procedimientos de trasplante requeridos por estos individuos.

No obstante, el Decreto 2493 de 2004 en su artículo 40, regula la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia, indicando una serie de condiciones mínimas para que la donación sea procedente en estos eventos.

En consecuencia, esta investigación se inclina a analizar la problemática que se ha venido presentando a raíz del reconocimiento de los derechos a la vida en conexidad con el derecho a la salud, invocados por extranjeros no residentes en Colombia que formulan acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los mencionados derechos, para lograr la adquisición de componentes anatómicos con fines de trasplante desconociendo lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, ya que en dicha

disposición se establece que la prestación de servicios de trasplante de órganos para extranjeros *no residentes* solo procederá de acuerdo a los siguientes requisitos:

- i. Cuando **no** existan receptores nacionales o extranjeros *residentes* en Colombia en lista regional y nacional de espera.
- ii. En presencia de criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección emitidos por un grupo interdisciplinario de profesionales de la salud, previa evaluación pre - trasplante que incluya la realización de análisis médicos relacionados con valoración por hepatología, por la unidad de cirugía de trasplantes, vacunación, odontología, desparasitación, laboratorios, inmunología, patología, imágenes, *consentimiento informado*, etc.
- iii. Previa suscripción del contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la donación.
- iv. Previa solicitud por parte de la Institución prestadora de servicios de salud de una certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional expedida por la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para el traslado de los componentes anatómicos.

Delimitación del problema.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta investigación tiene como finalidad esencial determinar si al amparar la acción de tutela interpuesta por un extranjero no residente en Colombia, con el objeto de “proteger su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida” para acceder a la prestación de servicios de trasplante, se desconocen los derechos de nacionales y extranjeros residentes que se encuentran en lista de espera como receptores de componentes anatómicos, de acuerdo a lo establecido en

el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

Formulación de la pregunta objeto de estudio.

¿Qué derechos de nacionales y extranjeros residentes en Colombia se encuentran implicados al amparar vía tutela los derechos de extranjeros no residentes referentes a al acceso a los servicios de trasplante de órganos, teniendo en cuenta el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 en consonancia con la línea argumentativa y de precedentes constitucionales?

b. LOS OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL

Determinar los derechos de nacionales y extranjeros residentes en Colombia que se encuentran implicados al amparar por vía de tutela los derechos de extranjeros no residentes para acceder a la prestación de servicios de trasplante de órganos, teniendo en cuenta el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, en consonancia con la línea argumentativa y de precedentes constitucionales.

1. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.1. Establecer la definición técnica científica del trasplante y donación de órganos como parámetro inicial para el estudio de caso.

1.2. Verificar el marco normativo aplicable en Colombia en materia de trasplante de órganos, teniendo en cuenta las disposiciones referentes del Decreto 2493 de 2004.

1.3. Determinar la procedencia de la acción de tutela interpuesta por un extranjero no residente en Colombia, como mecanismo de protección de derechos para acceder a los servicios de trasplante de órganos.

1.4. Determinar la titularidad del derecho a la salud como tutelable por su conexidad con el derecho fundamental a la vida en materia de trasplante de órganos y su afectación por el desconocimiento del artículo 40º del Decreto 2493 de 2004.

1.5. Analizar las sentencias de tutela revisadas por la Corte Constitucional, en las que se establecen reglas específicas para regular el régimen de trasplante de órganos de extranjeros no residentes.

1.6. Determinar la afectación del derecho a la igualdad de nacionales y extranjeros residentes, cuando se concede acción de tutela a extranjeros no residentes para acceder a los servicios de trasplante de órganos.

c. Metodología Propuesta:

La presente investigación de metodología analítica estuvo encaminada a una revisión bibliográfica del tema propuesto, a través de la búsqueda selectiva y revisión de jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, relacionada con la conexidad existente entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, en virtud de la cual el primero es protegido a través de la interposición de una acción de tutela como mecanismo de protección y aplicación de derechos y, en particular, sobre sentencias de tutela donde se evidencien casos en los cuales extranjeros no residentes en Colombia, interponen dicho mecanismo de protección para lograr la aprobación de servicios de trasplante de componentes anatómicos, con el fin de establecer si al amparar derechos

invocados con la acción propuesta, se desconocen o no los derechos de ciudadanos nacionales y extranjeros residentes en Colombia, tomando como referencia el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

Con la presente investigación se pretende hacer una descripción acerca de los conceptos básicos relacionados con la donación y el trasplante de órganos, enunciando características, elementos y legislación aplicable y vigente en Colombia, utilizando el método deductivo con el fin de dar respuesta a la pregunta objeto de estudio, partiendo desde las generalidades anteriormente mencionadas para luego enfocar el análisis investigativo en datos obtenidos de casos particulares que permitan resolver el problema planteado. Con el fin de efectuar dicho análisis, se tendrá en cuenta la siguiente estructura lógica:

En primer lugar, se verificarán los trámites establecidos en Colombia para efectuar un trasplante de órganos, a través de una revisión inicial doctrinal de los conceptos básicos relacionados con el trasplante, partiendo desde las nociones primarias de cuerpo humano, componentes anatómicos, órganos (simétricos y únicos), ablación de órganos, donante, el trasplante en sí mismo, etc., con el fin de contextualizar y destacar la relevancia de este procedimiento médico que permite salvar millones de vidas, para luego verificar la legislación aplicable vigente en Colombia, teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de, la Ley 9 de 1979 (artículos 540 – 546), el Decreto 2493 de 2004, Resolución 2640 de 2005 y Resolución 1043 de 2006, con el fin de establecer los procedimientos previos para acceder a los servicios de trasplante de órganos y tejidos en Colombia. Para lo anterior, también se consultará información estadística en la base de datos del Instituto Nacional de Salud, como ente encargado de vigilar y regular dichos procedimientos dentro el territorio.

A continuación, se evaluará la procedencia de la acción de tutela, considerada

como mecanismo de protección efectiva de derechos, interpuesta por un *extranjero no residente en Colombia*, con el fin de acceder a la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos, para determinar si al amparar dicha acción se desconocen o no los derechos de nacionales y extranjeros residentes en Colombia, contemplando la restricción impuesta por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

Posteriormente, se efectuará un análisis sobre la conexidad existente entre el derecho a la salud y el derecho fundamental a la vida a la luz de la Constitución Política de 1991, tomando como referencia jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este problema jurídico, para luego definir la titularidad del derecho a la salud en materia de trasplante de órganos y exponer las razones por las cuales puede verse afectado cuando se concede acción de tutela a un extranjero no residente que pretende acceder a los servicios de trasplante de órganos.

Luego de lo anterior, se determinará el alcance jurídico de los derechos de extranjeros en Colombia, teniendo en cuenta el artículo 100 de la Carta Política. Para lo anterior, se seleccionará jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa al objetivo planteado, verificando qué derechos tienen los extranjeros dentro del territorio, cuáles son restringidos y por qué, así como las garantías y mecanismos con los que cuentan para proteger sus derechos en caso de alguna violación a los mismos. A continuación, se aplicará el test de igualdad Constitucional, con el fin de determinar si el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 desconoce el derecho a la igualdad de extranjeros no residentes y las consecuencias de su inaplicación para nacionales y extranjeros residentes.

Finalmente, se analizarán casos concretos dilucidados por la Corte Constitucional en Sentencias de tutela que han establecido reglas específicas de aplicación en materia de trasplante de componentes anatómicos para

extranjeros no residentes en Colombia.

Para lo anterior, la investigación se enfocará a lograr una sinergia entre la información y resultados recopilados durante el desarrollo de los primeros objetivos, así como a la exploración de sentencias de tutela revisadas por la Corte Constitucional con carácter de precedente obligatorio, cuyo problema jurídico se centre en la aprobación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes que visitan nuestro país para someterse a dichos tratamientos médicos, con el propósito de determinar el grado de vulneración de los derechos a la salud, la vida digna y la igualdad de nacionales y extranjeros residentes mediante la aplicación del juicio integrado de igualdad, establecido por la Corte Constitucional como método de ponderación de derechos y, por último, establecer claramente las reglas establecidas por dicho organismo para proteger los mencionados derechos al contemplar la posibilidad de ofrecer servicios de trasplante de órganos a extranjeros no residentes en Colombia.

La información y resultados recopilados, se recogerán en un documento final que presentará a través de una estructura lógica los hallazgos de la investigación, teniendo como línea central los objetivos planteados al inicio del proyecto mediante la siguiente organización:

1. INTRODUCCIÓN

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

2.2. FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA

3. OBJETIVOS

4.1. GENERAL

4.2. ESPECÍFICOS

4. DISEÑO METODOLÓGICO

5. MARCO TEÓRICO

5.1. TRASPLANTE Y DONACION DE ÓRGANOS DEFINICIÓN TÉCNICA Y GENERALIDADES

5.2. TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA: LEGISLACIÓN APLICABLE – DECRETO 2493 DE 2004

5.3. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA SALUD Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS

5.4. ANALISIS JURISRPUDENCIAL POR VIA ACCIÓN DE TUTELA: TRASPLANTE DE ORGANOS EN EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN COLOMBIA

5.5. IGUALDAD: NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES CON RESPECTO A EXTRANJEROS NO RESIDENTES

6. CONCLUSIONES

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

d. Cronograma de Actividades:

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES					
ACTIVIDADES	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
Definición del problema					
Elaboración de Objetivos					
Definición Diseño Metodológico					
Elección bibliografía					
Primera lectura asesor técnico					
Elaboración introducción general					
Evaluación teórica, jurisprudencial primer objetivo					
Elaboración desarrollo escrito referente al primer objetivo					
Lectura y correcciones de asesor técnico					
Evaluación teórica, jurisprudencial segundo objetivo					
Elaboración desarrollo escrito referente al segundo objetivo					
Lectura y correcciones de asesor técnico					
Evaluación teórica, jurisprudencial tercer objetivo					
Elaboración desarrollo escrito referente al tercer objetivo					
Lectura y correcciones de asesor técnico					
Evaluación teórica, jurisprudencial cuarto objetivo					
Elaboración desarrollo escrito referente al cuarto objetivo					
Lectura y correcciones de asesor técnico					
Elaboración de conclusiones y bibliografía final					
Lectura y correcciones de asesor técnico					
Aprobación asesor técnico					
Elaboración copia final					
Revisiones finales					

CAPÍTULO I

TRASPLANTE Y DONACION DE ÓRGANOS: DEFINICIÓN TÉCNICA Y GENERALIDADES.

1.1. DEFINICIONES GENERALES ASOCIADAS AL CUERPO HUMANO

“Llámesese cuerpo humano el conjunto de órganos y estructuras anatómicas interrelacionadas e interactuantes que permiten, bajo ciertas condiciones, desempeñar una serie de aplicaciones vitales”.
(Diccionario Médico Salvat, 1974)

El ser humano es un organismo complejo cuya estructura se compone de una multiplicidad de células diferentes y especializadas, que al agruparse permiten la operación de las diferentes funciones vitales del cuerpo.

El hombre *“es un vertebrado y como tal tiene un endoesqueleto óseo, articulado, que soporta al cuerpo y crece juntamente con él”* (Curtis, 2000). Es un mamífero de sangre caliente, racional, conocido científicamente como *Homo Sapiens* debido a esta última característica.

Como todo organismo está conformado por células, definidas como *“unidad estructural...rodeada por una membrana y compuesta por citoplasma y, en los eucariotas, uno o más núcleos”*, A saber: *“la célula típica está formada por un núcleo (o un nuclide), una suspensión coloidal en la que están inmersos el resto de los orgánulos y una membrana que envuelve todo el conjunto”* (Enciclopedia Temática PEV, 1997).

A su vez, la unión o agrupación de células similares en estructura se conoce como “tejido”; el cuerpo humano cuenta con cuatro tipos básicos: epitelial, conectivo, muscular y nervioso. En síntesis, los tejidos corporales cumplen con las siguientes funciones:

- **Tejido Epitelial:** Conjunto de células que proporcionan una *“cubierta protectora”* (Curtis, 2000) al cuerpo, sus órganos, cavidades y canales. Puede ser escamoso, cuboide y columnar. *“En los animales, todo tipo de*

tejido que recubre un cuerpo o estructura o tapiza una cavidad". Como ejemplo de tejido epitelial podemos mencionar la piel. Otro tipo puede ser las agrupaciones de células que conforman las glándulas salivales, hormonas y enzimas digestivas.

- **Tejido Conectivo:** Los tejidos conectivos dan apoyo y recubrimiento a los otros tipos de tejido existentes diferentes al tejido epitelial. Está conformado por una matriz (amplio material extracelular) y fibras. Los principales tejidos conectivos del cuerpo humano son sangre, hueso y linfa¹.
- **Tejido Muscular:** Encargado de la contracción y el movimiento, permite ejecutar actividades básicas del hombre como correr, respirar y transportar la sangre a través del cuerpo. Existen dos tipos de músculo, a saber: *músculo estriado* (músculo esquelético, músculo cardíaco) y *músculo liso* (Revestimiento de las paredes de los órganos y arterias).
- **Tejido Nervioso:** Compuesto por neuronas, se encarga de emitir impulsos para la percepción de sensaciones e iniciación de reacciones motoras.

En consecuencia, la concentración de tejidos *similares* permite la conformación de un **órgano**, definido como "*parte del cuerpo compuesta por tejidos agrupados en una unidad estructural y funcional*". Cada órgano presente en el cuerpo, participa en el cumplimiento de una función específica como pieza de un sistema o aparato.

De acuerdo a lo mencionado en el artículo 1 del Decreto 2493 de 2004, son **componentes anatómicos** las células, tejidos, órganos y, en general, todas las partes vivas que constituyen el organismo humano.

Los órganos pueden ser de dos clases: simétricos y únicos.

- **Órganos simétricos o pares:** Caracterizados por la identidad en el

¹ Fluido incoloro derivado de la sangre por la filtración a través de las paredes capilares en los tejidos.

cumplimiento de una función fisiológica determinada, podemos tomar como ejemplo los ojos, pulmones, riñones, etc.

- **Órganos únicos o impares:** Como el páncreas, el hígado, el corazón. Desempeñan individualmente una función determinada. Para efectos de trasplante de órganos, solo pueden ser obtenidos de un **donante cadáver**.

En cuanto a los líquidos orgánicos, el artículo 8 del Decreto 3 de 1982 los define como “*todo material fluido, **distinto de la sangre**, producido en condiciones fisiológicas normales o anormales, por cualquier órgano o tejido del cuerpo humano*”.

En caso de daño o enfermedad avanzada que provoque grave insuficiencia de un órgano del cuerpo humano, es posible efectuar la sustitución del mismo por otro procedente de un donante, a través de la práctica médica conocida como **trasplante de órganos**.

1.2. TRASPLANTE DE ÓRGANOS: GENERALIDADES Y DEFINICIÓN CLÍNICA.

La investigación de las enfermedades ha avanzado tanto que cada vez es más difícil encontrar a alguien que esté completamente sano.

Aldous Huxley

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es el “*Procedimiento por el cual se implanta un órgano o tejido procedente de un donante a un receptor. Existen dos grandes grupos: los trasplantes de órganos (riñón, hígado, pulmones, páncreas, córnea, corazón, hueso, tubo digestivo, etc.) y los de tejidos (médula ósea, células endocrinas).*”.

Así mismo, Brunicardi lo define como “*El acto de transferir un órgano, tejido o célula de un cuerpo a otro. Los trasplantes se dividen en tres categorías básicas: autotrasplantes, alotrasplantes y xenotrasplantes. El autotrasplante se refiere a la*

extracción de un órgano o tejido y posterior implante en el mismo individuo (auto injerto); Esto implica que donante y receptor son una sola persona. Alotrasplante se refiere a la transferencia de un órgano o tejido de una persona a otra, es decir, donante y receptor son individuos diferentes. Finalmente, el xenotrasplante implica la transferencia de componentes anatómicos entre individuos de especies diferentes”². (Brunicardi, 2010).

Por su parte, el Instituto Nacional de Salud en Colombia señala que se trata de “*un tratamiento médico por medio del cual órganos, tejidos y células enfermas son reemplazados por las de un donante*” (INS, 2013).

El Artículo 1 del Decreto 2363 de 1986 lo define como “*el reemplazo con **finés terapéuticos** de componentes anatómicos en una persona, por otros iguales y funcionales, provenientes del mismo receptor (autotrasplante) o de un donante vivo o muerto*”.

A su vez, el artículo 1 del Decreto 2493 de 2004 lo enuncia como “*la utilización terapéutica de los órganos o tejidos humanos que consiste en la sustitución de un órgano o tejido enfermo, o su función, por otro procedente de un donante vivo o de un donante fallecido*”.

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social en intervención a la Sentencia C-933 de 2007 lo define como “*el reemplazo con fines terapéuticos de componentes anatómicos de una persona, por otros iguales o asimilables, provenientes del mismo receptor, o de un donante, vivo o muerto. También puede definirse como un procedimiento quirúrgico que consiste en reemplazar un órgano o tejido que presenta una insuficiencia por otro que cumpla plenamente la función, de esta forma se logra recuperar la salud de las personas*” (Corte Constitucional, 2010).

² Traducción de la autora

A partir de estas definiciones, se puede señalar que el trasplante de órganos es un procedimiento *quirúrgico* de amplia utilidad en el campo de la medicina, a través del cual un individuo que sufre alguna patología o alteración en algún componente anatómico específico, puede reemplazarlo por otro adquirido de un órgano o tejido de su propio cuerpo como auto injerto; de un componente proveniente de un individuo de la misma especie a través de la donación o, como última alternativa, de un componente de un individuo de una especie diferente. Todo lo anterior, luego de una multiplicidad de análisis de compatibilidad para procurar el éxito de la intervención con el objetivo esencial de salvar la vida del paciente.

En Colombia, el Legislador regula los procedimientos de trasplante de órganos a través de la Ley 9 de 1979, Ley 73 de 1988, **el Decreto 2493 de 2004** y la Ley 919 de 2004, las cuales serán analizadas a partir del numeral 4 del presente capítulo.

Según las estadísticas presentadas por el Instituto Nacional de Salud, en Colombia, con frecuencia son trasplantados los siguientes componentes anatómicos:

Órganos	Tejidos
Corazón	Hueso
Pulmones	Piel
Hígado	Médula Ósea
Riñones	Cartílagos
Intestino	Tendones
Páncreas	Válvulas Cardiacas
	Células Hematopoyéticas

Tabla No. 1. Órganos y Tejidos objeto de donación en Colombia. Fuente: INS. (Disponible en: <http://www.ins.gov.co>)

Tabla No. 2. Estadísticas Instituto Nacional de Salud – Informe anual red de Donación y Trasplantes 2013. Número de trasplantes por IPS y tipo de donante. Colombia I Trimestre 2013.

(Disponible en: <http://www.ins.gov.co>)

IPS TRASPLANTES I TRIMESTRE 2013	Trasplante Renal		Trasplante Hepático		Trasplante Cardíaco	Trasplante Pulmón	Trasplante Páncreas - Riñón	Trasplante Hígado-Riñón	Otros	TOTAL
	DC	DV	DC	DV	DC	DC				
H. San Vicente de Paul	32	0	9	0			0	3	0	44
F. Valle de Lili	9	1	10	2	5		1	0	0	28
H. Pablo Tobon Uribe	12	0	8	0			0	1	0	21
Clínica DIME	12	5			3					20
C. de Marly	10	7								17
F. Cardiovascular de Colombia	6	0	2	0	7		0	0	0	15
F. Cardio Infantil	6	0	8	0	0			1		15
IPS UDEA	13	0								13
Méden, H. U. M	12	0								12
C. Universitaria Colombia	7	3			2					12
F. Cardiovascular Santa María					8	3			0	11
F. Santafé de Bogotá	0	0	8	0				0		8
C Medico Imbanaco	8	0								8
C. Shaio	2	3			1					6
H. Hernando Moncaleano Perdomo	6	0								6
H. San Ignacio	3	0			2					5
Instituto Diacorsa	1	0								1
H. San Jose	0	0								0
Centros Especializados San Vicente Rionegro	0	0	0	0			0	0	1	1
C. Reina Sofia	0	0								0
C. Cardiovascular del Niño de C/marca	0	0								0
H. Misericordia HOMI	0	0								0
C. Country	0	0								0
FOSCAL	0	0								0
C. General del Norte	0	0								0
Total	139	19	45	2	28	3	1	5	1	243

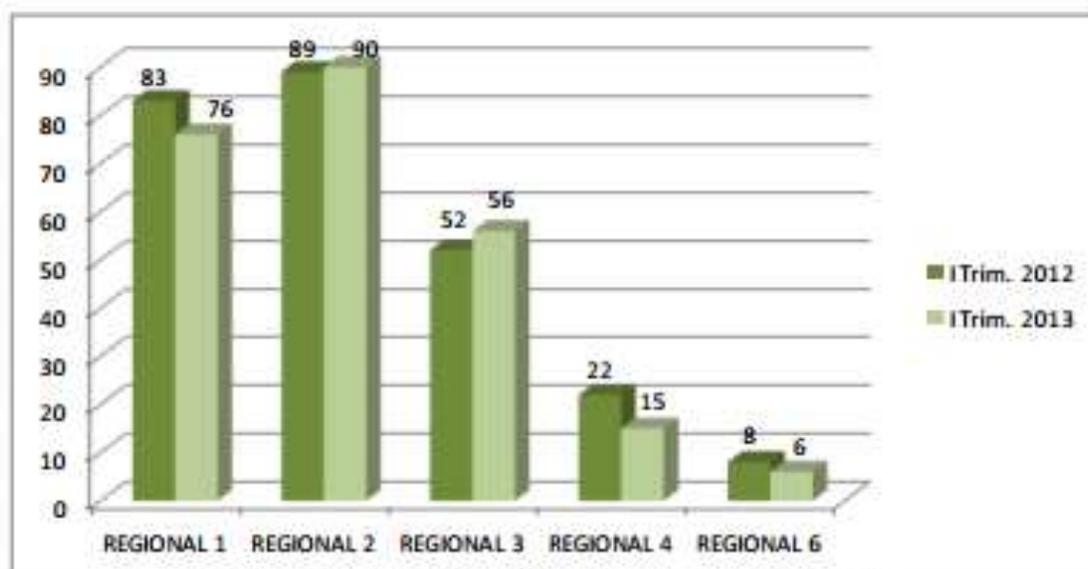
Fuente. Sistema Nacional de Información en Donación y Trasplantes.

Según lo presentado en el mencionado informe, en el primer trimestre del año 2013 no se han realizado trasplantes a receptores extranjeros no residentes (INS, 2013).

Tabla No. 3. Estadísticas Instituto Nacional de Salud – Porcentaje de trasplantes efectivos por regional, Colombia primer semestre 2012 – 2013

Regional	No. Trasplantes I Trim. 2012	% del Total I Trim. 2012	No. Trasplantes I Trim. 2013	% del Total I Trim. 2013	% Variación Itrim 2012
Regional 1	83	32,68%	76	31,28%	-8,4%
Regional 2	89	35,04%	90	37,04%	1,1%
Regional 3	52	20,47%	56	23,05%	7,7%
Regional 4	22	8,66%	15	6,17%	-31,8%
Regional 5	0	0,00%	0	0,00%	0,0%
Regional 6	8	3,15%	6	2,47%	-25,0%
TOTAL	254	100,00%	243	100,00%	-4,3%

(Disponible en: <http://www.ins.gov.co>)

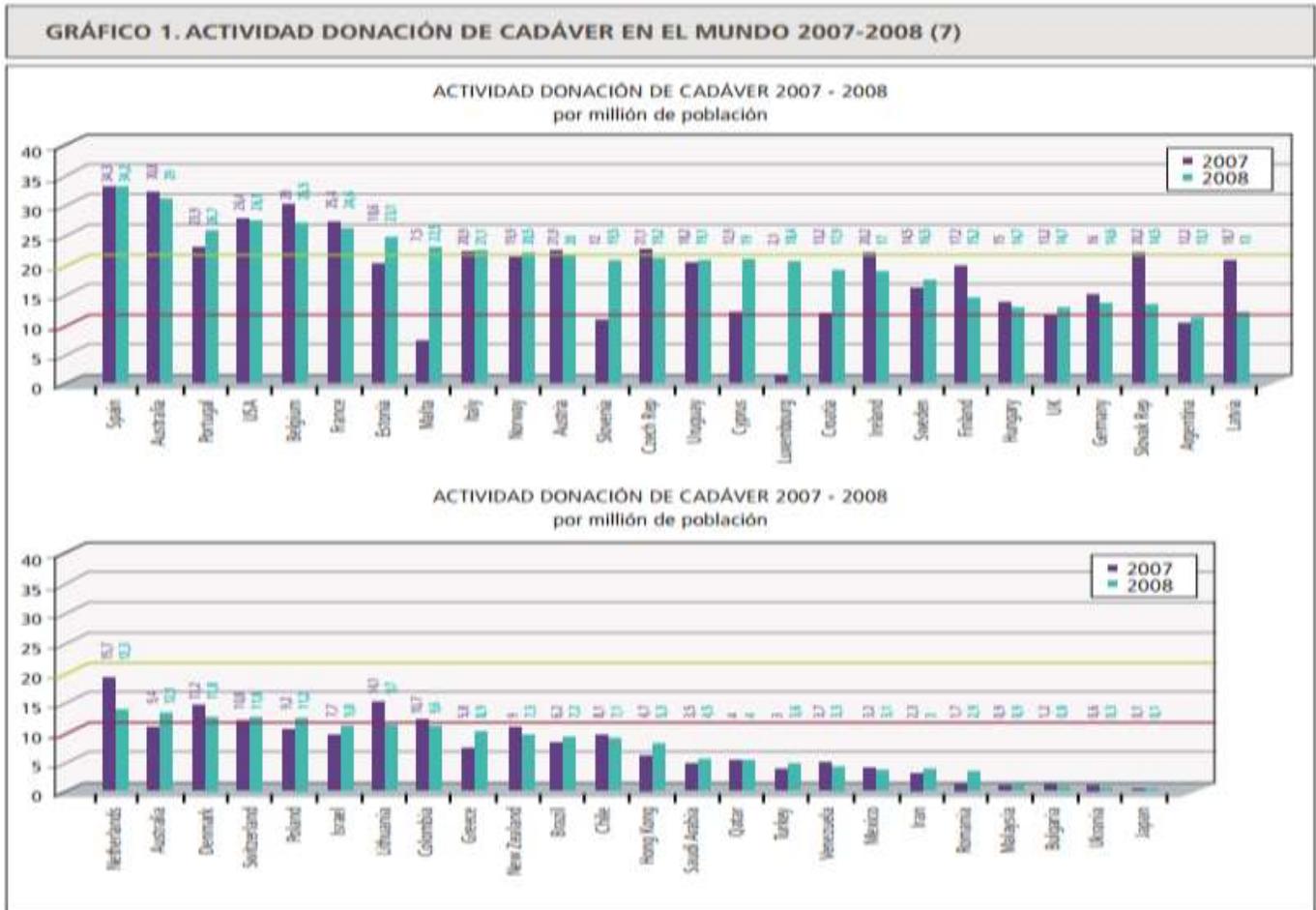


Fuente. Sistema Nacional de Información en Donación y Trasplantes.

(Disponible en: <http://www.ins.gov.co>)

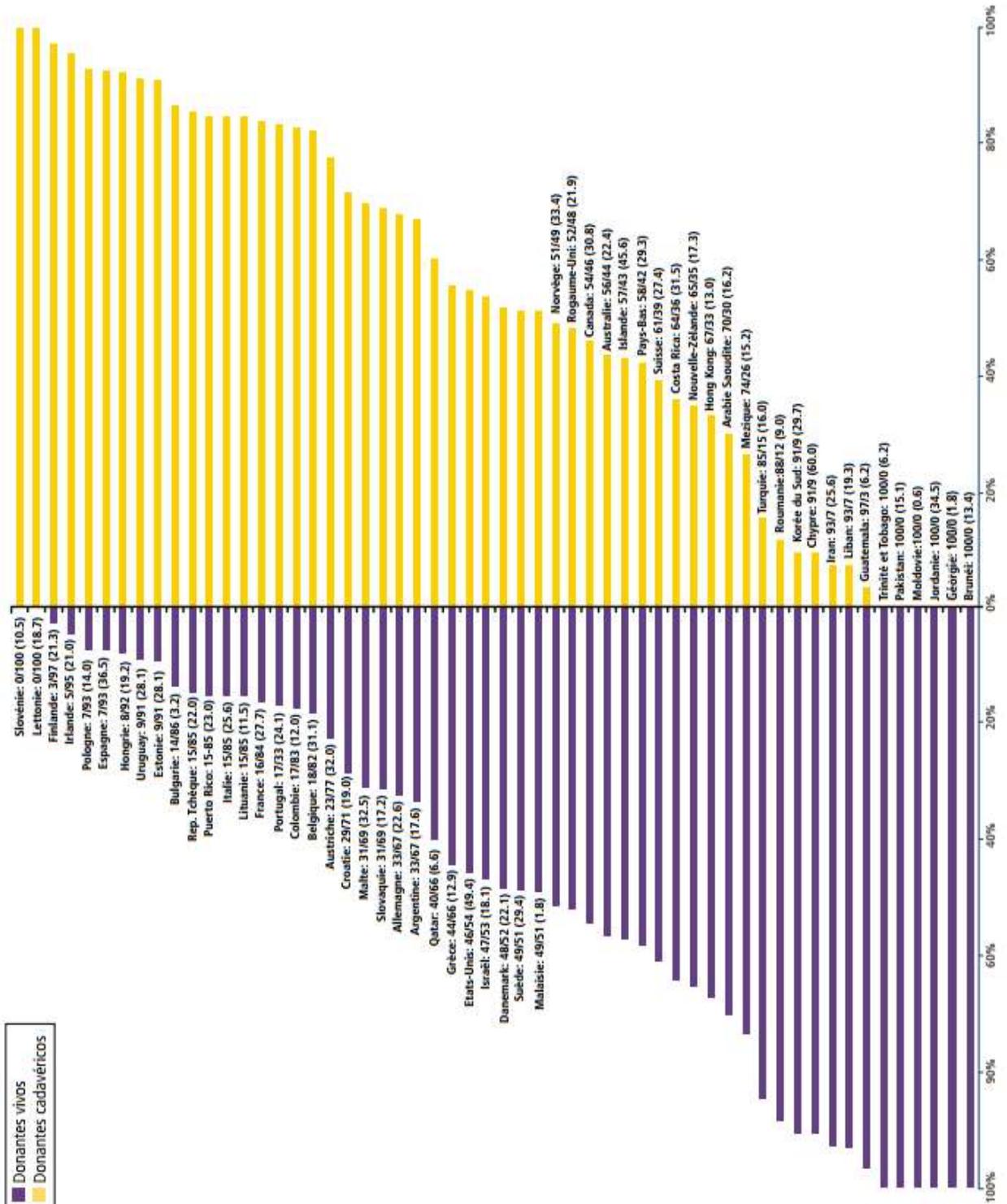
Acorde con la revisión jurisprudencia realizada para esta monografía, los casos analizados referentes al trasplante de órganos de extranjeros no residentes en Colombia, la procedencia de los mismos corresponde a los países de Israel y Ecuador, por lo que resulta pertinente presentar las cifras correspondientes a estos Estados en relación a sus índices de donación y trasplante de órganos.

Tabla No. 4. Estadísticas ISRAEL: Fuente – Artículo Científico “La Evolución del Procuramiento de órganos en el mundo” Dr. Martí Manyalich (Jefe de servicio de coordinación de trasplantes clínica de Barcelona, España).



Disponible en: <http://www.clinicalascondes.com>

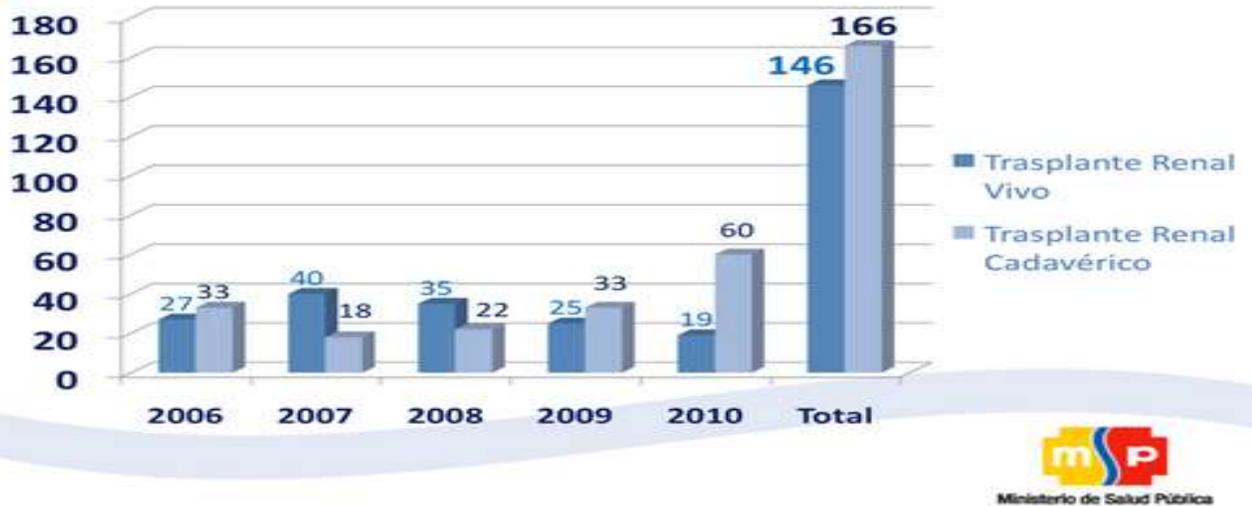
GRÁFICO 2. DONACIÓN DE ÓRGANOS DE CADÁVER Y VIVO AÑO 2006 (2)



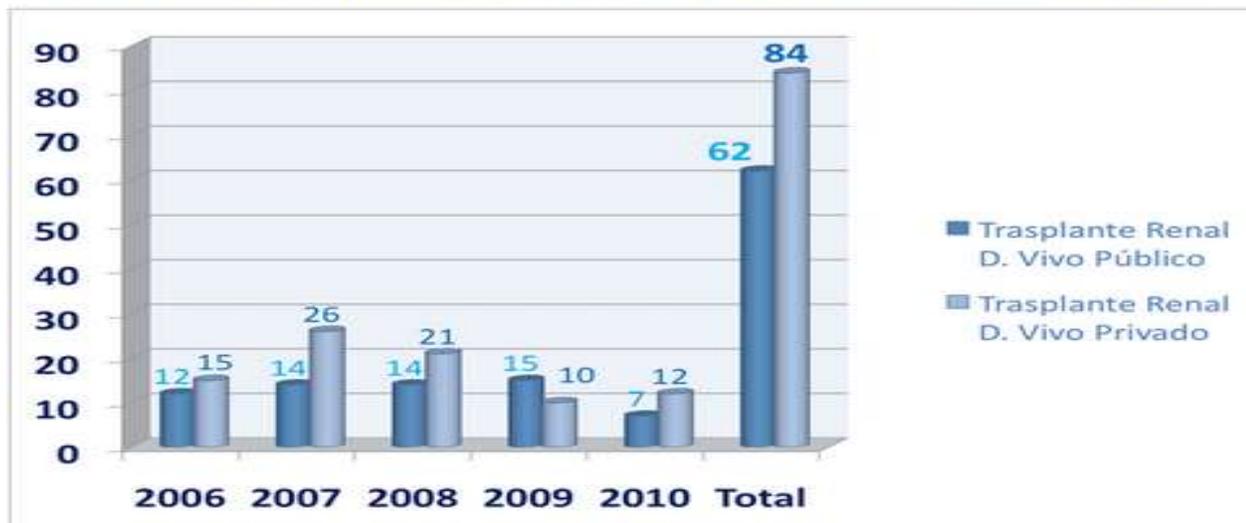
■ Donantes vivos
■ Donantes cadavéricos

Tabla No. 5. Estadísticas ECUADOR: Ministerio de Salud Pública – Instituto Nacional de Donación y Trasplante de órganos, células y tejidos - INDOT

Estadísticas de Trasplante Renal Vivo/Cadavérico 2006-2010



Estadísticas de Trasplante Renal Donante Vivo Público/Privado 2006-2010



Disponible en: <http://www.indot.gob.ec>

1.3. DONACIÓN DE ÓRGANOS: Definición, requisitos para su práctica e importancia médica.

Según Tintinalli, *“la donación es un proceso médico a través del cual órganos y tejidos son quirúrgicamente removidos del cadáver de un individuo que ha muerto recientemente, para ser trasplantados a una o varias personas quienes en particular requieren dichos órganos o tejidos para salvar o mejorar su calidad de vida”*. (Tintinalli, 2003)³.

En Colombia, la donación de órganos se encuentra regulada legalmente por el Decreto 2493 de 2004, Ley 73 de 1988 y la Resolución 2640 de 2005, entre otras, normas que serán analizadas a partir del numeral cuarto del presente capítulo.

Como requisito necesario para la práctica frecuente de trasplantes, es necesaria la solidaridad humana manifestada a través de la **DONACIÓN DE ÓRGANOS**, caracterizada por ser un acto altruista que puede configurarse en los siguientes casos:

1.3.1. DONANTE MAYOR DE 18 AÑOS

Cuando el donante mayor de edad, manifiesta de forma libre y consciente su voluntad de donar uno o varios órganos, sólo lo puede hacer riñones o testículos, teniendo en cuenta que la extracción de cualquier otro órgano podría afectar gravemente la salud del donante o generar alteraciones en el componente extraído, que impidan efectuar satisfactoriamente el trasplante solicitado.

La donación post mortem también procederá con el consentimiento informado del donante manifestado de esta manera, no siendo posible que sus deudos modifiquen su voluntad. En este caso, todos los órganos del cadáver podrán ser

³ Traducción de la autora

extraídos con fines de trasplante, a menos que el donante haya expresado algún tipo de restricción sobre los componentes anatómicos que serán objeto de la donación.

El consentimiento de donación manifestado por el donante podrá ser revocado en cualquier momento antes de su muerte, sin que esto le represente consecuencias jurídicas negativas. Sobre este punto el artículo 17, Parágrafo 1 del Decreto 2493 de 2004 dispone lo siguiente: *“La voluntad manifestada por la persona donante en la forma señalada en el presente artículo, prevalecerá sobre la de sus deudos. El donante podrá revocar en cualquier tiempo, de forma total o parcial, antes de la ablación, la donación de órganos o componentes anatómicos, con el mismo procedimiento que utilizó para la manifestación de la donación”*.

El consentimiento deberá ser expresado a través de instrumento notarial, documento privado o carné único nacional de donación de componentes anatómicos.

- **Condiciones mínimas para ser donante:**

- i. Ser mayor de edad
- ii. No encontrarse en estado de embarazo, con el fin de no poner en situación de riesgo la integridad de la madre gestante y el bebé
- iii. Capacidad plena de derechos.
- iv. Gozar de plenas facultades mentales
- v. Gozar de un adecuado estado de salud certificado previamente por un médico, de lo contrario, puede existir riesgo inminente de poner en peligro la integridad física del donante.

- **Consentimiento informado**

Con el fin de lograr el perfeccionamiento del procedimiento de donación de órganos de un donante vivo, se requiere como requisito de validez para el mismo la existencia de *consentimiento informado* brindado por un profesional de la salud capacitado, con el objeto de comunicar al donante los beneficios y riesgos de la donación de componentes anatómicos.

Lo anterior como mecanismo efectivo para desarrollar los derechos constitucionales a la libertad, la autonomía y la información.

En consonancia, La Corte Constitucional establece que *“el médico debe informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir en forma razonable en la decisión a adoptar por él mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma, los medios y el fin el tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico, y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios. Ello, porque el consentimiento del paciente se extenderá, en cuanto su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado. El paciente tiene que saber lo que consiente...”* (Corte Constitucional, 2004).

1.3.2. DONANTE FALLECIDO.

En estos casos, la donación de componentes anatómicos podrá efectuarse con ciertas condiciones iniciales para su validez:

- i. Que el donante potencial no haya manifestado expresamente en vida voluntad contraria referente a una eventual donación de órganos. Es necesario tener en cuenta que la Legislación Colombiana manifiesta que la opinión del donante prevalece sobre la de sus deudos

- ii. Que se haya declarado la muerte encefálica del cadáver por un médico diferente al médico tratante siguiendo los protocolos necesarios para tal fin
- iii. Que medie el consentimiento informado de los deudos.

- **La muerte encefálica: Requisito para la práctica de un trasplante.**

Definida como *“un fenómeno biológico que se produce en una persona cuando de manera irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico”* (Procuraduría General de la Nación, 2011), la declaración de muerte encefálica constituye un requisito *sine qua non* para autorizar la práctica de extracción de componentes anatómicos de un donante cadáver.

El Instituto Nacional de Salud explica el fenómeno de la siguiente manera: *“La muerte encefálica se produce cuando una persona sufre una lesión cerebral catastrófica que ocasiona el cese total e irreversible de la actividad de todo el cerebro, el cual es el encargado de controlar el funcionamiento de todos los órganos. Las personas que se encuentran en muerte encefálica se consideran médica, ética y legalmente como cadáveres”*.

Según Gómez Pavajeau *“la muerte no se produce de un modo instantáneo, sino que es un proceso que va afectando gradual y progresivamente los distintos órganos y tejidos del cuerpo, tal como se reconoce normativamente”*.

El diagnóstico debe ser emitido por un médico diferente al médico tratante del paciente, a través de una exploración neurológica de las funciones del tallo encefálico de manera rigurosa, con el fin de establecer científicamente la existencia de un daño irreversible que, de forma consecuente, implique la

declaración cierta de la muerte cerebral.

El artículo 12 del Decreto 2493 de 2004, determina que el diagnóstico será emitido mínimo por dos médicos *independientes*, quienes no podrán ser parte del programa de trasplantes, con especialización en ciencias neurológicas. El resultado lo consignarán en la historia clínica, indicando fecha y hora del dictamen, así como los hallazgos encontrados al verificar los signos concurrentes que reflejan la muerte cerebral del paciente.

La práctica de un electroencefalograma podría contribuir en la determinación del diagnóstico de muerte cerebral, considerando que *“los registros del EEG⁴ representan la actividad combinada de un gran número de neuronas...siendo una herramienta útil...para detectar la muerte cerebral, indicada por el cese total de actividad eléctrica”* (Curtis, 2000). Si se ha producido muerte cerebral en el paciente, el resultado del electroencefalograma será plano, teniendo en cuenta que la actividad eléctrica del cuerpo ha finalizado de forma irreversible debido a un daño considerable en las funciones del tallo cerebral.

1.3.3. PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN DE ÓRGANOS.

Ley 73 de 1988 incluye como forma adicional para la adquisición de componentes anatómicos con fines de trasplante la *presunción legal de donación*. El artículo 2 define la presunción de la siguiente manera: *“Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse de que su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si después de seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia*

⁴ Electroencefalograma

médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido”.

Considerando lo anterior, se puede concluir que para la configuración de dicha presunción es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos:

a. El individuo durante su vida no manifestó voluntad en contrario respecto a la extracción de componentes anatómicos post – mortem con fines de trasplante:

Es indispensable la presencia de este requisito, considerando que la Legislación Colombiana de forma expresa protege la voluntad del individuo en sí misma y por encima de la de sus deudos. Lo anterior, con fundamento esencial en los derechos constitucionales a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, que permiten a la persona ejercer su facultad de autodeterminación en los asuntos que a ella le atañen, siempre y cuando no se afecten derechos ajenos. Así mismo, teniendo en cuenta lo enunciado en el artículo 17 Parágrafo 1 del Decreto 2493 de 2004 donde se manifiesta lo siguiente: *“La voluntad manifestada por la persona donante en la forma señalada en el presente artículo, prevalecerá sobre la de sus deudos”.*

En consecuencia, de no existir manifestación alguna del individuo, serán los deudos las personas encargadas de expresar su consentimiento *informado* sobre la extracción de componentes anatómicos del cadáver de su pariente.

b. Inexistencia de acreditación de los deudos y/o no manifestación a favor o en contra de la extracción de componentes anatómicos del cadáver de su pariente con fines de trasplante:

Son los familiares las personas indicadas para decidir si es adecuado o

no extraer componentes anatómicos del cadáver de su pariente con fines de trasplante, esto con fundamento en los derechos a la libertad y a la religión recogidos por la Carta Política y, adicionalmente, considerando los vínculos afectivos existentes entre los miembros de una familia. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C – 933 de 2007 expone las siguientes consideraciones: *“esta figura debe respetar el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cuerpo de un familiar fallecido, en aras de respetar la primacía de la libertad individual y los derechos de libertad de conciencia, de religión y de cultos de los familiares”*.

c. La presunción en sí misma.

“La presunción legal de donación, cumple con un fin constitucional legítimo y persigue la conciliación del principio de libertad y solidaridad social”. (Corte Constitucional, 2007). En Sentencia C – 933 de 2007, la Corte Constitucional destaca la “función social del cadáver”, concepto bajo el cual se debe tener en cuenta que, en aquellos casos en los que no existe expresión alguna por parte del individuo o sus deudos sobre la extracción de componentes anatómicos del cadáver con fines terapéuticos y, considerando que con el diagnóstico de muerte cerebral se extingue legalmente la persona como sujeto de derechos y obligaciones, los componentes anatómicos del cadáver prestarán utilidad social para todos aquellos individuos que se encuentren en lista de espera como potenciales receptores de órganos para aliviar patologías que afectan directamente su calidad de vida, reafirmando de este modo el principio y deber de solidaridad establecido en los artículos 1 y 95 de la Carta Política. Este último, particularmente, enuncia lo siguiente: *“...Son deberes de la persona y el ciudadano:...2). Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con **acciones humanitarias** ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas...”*.

Es importante destacar que la donación de órganos es un acto *altruista* por el cual no se podrá recibir ningún tipo de remuneración o compensación alguna.

CAPÍTULO II
TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA:
LEGISLACIÓN APLICABLE - DECRETO 2493 DE 2004

Existen en Colombia diferentes normas jurídicas que regulan de forma expresa el trasplante de órganos, considerando la relevancia que tiene este procedimiento para la sociedad y que también son aplicables para los *extranjeros no residentes*. A continuación, efectuaremos una descripción general sobre el marco legal vigente y adaptable al objeto de estudio, enfatizando particularmente en las disposiciones del Decreto 2493 de 2004.

2.1. LEY 9 DE 1979: POR LA CUAL SE DICTAN MEDIDAS SANITARIAS

En Colombia, el Legislador regula los procedimientos relacionados con trasplante de órganos a partir del año 1979, con la introducción de la Ley 9 por la cual se determinaron ciertas medidas sanitarias y de control. A partir del título IX, la mencionada normativa realiza una serie de precisiones relacionadas con defunciones, traslado de cadáveres, inhumación y exhumación, *trasplante* y control de especímenes. Así las cosas, en el artículo 515 se define el objeto esencial de dicho título, incluyendo “*Reglamentar la donación o el traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos...*”. Como consecuencia de lo anterior, el artículo 528 faculta a los *establecimientos científicos y hospitales* autorizados por el Ministerio de Salud, para disponer de los cadáveres no reclamados, órganos, tejidos, líquidos orgánicos, etc., con fines académicos.

Así mismo, se determina que todas las instituciones científicas y hospitales que tengan programas de trasplante de órganos y tejidos con fines terapéuticos, deberán solicitar licencia previa a la autoridad sanitaria, que se encargará de verificar si la entidad cuenta con los equipos y medidas necesarias para garantizar que los procedimientos de trasplante cumplan con los estándares

universales, permitiendo que “*el acto terapéutico*” (Ley 9, 1979, art. 540) no constituya un riesgo para donantes y receptores.

Adicionalmente, se impone como requisito esencial para un adecuado procedimiento de trasplante la existencia de “*consentimiento informado*” del donante vivo, el receptor, los deudos (en caso de donante fallecido) o abandono de cadáver.

Por otra parte, la Ley 9 de 1979 regula de forma general la obligatoriedad de la existencia de un registro de defunción, en los casos donde los componentes anatómicos del cadáver serán utilizados con fines terapéuticos o investigativos, enunciando los elementos mínimos que debe contener este documento y que se resumen en lo siguiente:

- i.** Datos de filiación del muerto
- ii.** Lugar de nacimiento
- iii.** Lugar de muerte
- iv.** Residencia habitual y tiempo de residencia al momento de la muerte
- v.** En los casos de muerte violenta: Indicación expresa de tratarse de un homicidio, suicidio o violencia accidental dependiendo las circunstancias
- vi.** Causa de la muerte
- vii.** Datos de la causa probable de muerte
- viii.** Número de registro y licencia de inhumación

Con esta normatividad, el Legislador se compromete a reglamentar los procedimientos relacionados con trasplante de órganos, definiendo parámetros mínimos que se deben observar para llevar acabo este tipo de programas.

2.2. LEY 73 DE 1988: DISPOSICIONES EN MATERIA DE DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y COMPONENTES ANATÓMICOS PARA FINES DE TRASPLANTE U OTROS USOS TERAPÉUTICOS

La Ley 73 de 1988 recoge de manera clara los medios a través de los cuales se puede efectuar la extracción de componentes anatómicos con fines de trasplante *u otros fines terapéuticos*. De acuerdo a lo anterior y, teniendo en cuenta lo dispuesto en su artículo 3, la extracción procederá en los siguientes casos:

- I. Donación formal de órganos por parte de una persona viva para su implantación inmediata. *Es necesario recordar que dicha declaración sólo tendrá validez a través de instrumento notarial, documento privado o con carné único nacional de donación.*
- II. Donación formal de órganos hecha en vida con efectos post – mortem
- III. Presunción legal de donación

Adicionalmente, se establece como requisito obligatorio para la donación la existencia previa de *consentimiento informado* del individuo o sus deudos. En el caso de los deudos, la Ley 73 de 1988 determina el orden de prelación, teniendo en cuenta líneas de parentesco establecidas por el Código Civil Colombiano.

Por otra parte, se estipula que la extracción de componentes anatómicos podrá realizarse en los casos en que deba practicarse autopsia médico – legal, si el procedimiento no afecta los resultados de la misma ni se presenta oposición por parte de las autoridades judiciales encargadas del caso.

2.3. LEY 919 DE 2004: PROHIBICIÓN DE LA COMERCIALIZACIÓN DE COMPONENTES ANATÓMICOS HUMANOS PARA TRASPLANTE Y SE TIPIFICA COMO DELITO SU TRÁFICO.

“El concepto de tráfico de órganos humanos engloba una serie de negocios jurídicos en los que está presente el ánimo de lucro para una de las partes que interviene en la transacción y cuyo objeto es una parte corporal. Lo anterior significa que el tráfico de órganos implica un conjunto de actos jurídicos canalizados a través de la celebración y perfeccionamiento de contratos corporales a título oneroso” (Procuraduría General de la Nación, 2011).

En consonancia con lo anterior, la Legislación Colombiana tipifica como delito la comercialización de componentes anatómicos en el territorio Nacional. Así las cosas, la Ley 919 de 2004 establece que la donación de órganos siempre deberá efectuarse por **razones humanitarias a título gratuito**, imponiendo una pena de tres (3) a seis (6) años a todo aquel que incurra en el tipo penal de **TRÁFICO DE ÓRGANOS**, materializado en las siguientes conductas (Art. 2):

- Traficar
- Comprar
- Vender
- Comercializar
- Sustraer componentes anatómicos de un cadáver o una persona sin consentimiento
- Participar en calidad de intermediario en la ejecución de cualquiera de las conductas anteriormente enunciadas
- Hacer publicidad sobre la necesidad o disponibilidad de componentes anatómicos

Es importante tener en cuenta que en estos casos, siempre deberá existir

ánimo lucrativo de remuneración o recompensa de cualquier otra naturaleza.

- **El Principio de Gratuidad:**

Con la Ley 919 de 2004 se reafirma el principio de GRATUIDAD que rige los contratos corporales destinados al tráfico de órganos, esto implica que la donación y el trasplante de órganos no tendrán ningún costo y son procedimientos gratuitos apoyados en un espíritu altruista en desarrollo de la solidaridad humana recogida por la Constitución Política. Por lo tanto, cualquier tipo de contraprestación o remuneración a cambio de los componentes anatómicos es considerada ilegal por la Ley Colombiana.

En consecuencia con lo anterior, la Ley 919 de 2004 se encarga de tipificar el **TRÁFICO DE ÓRGANOS** como conducta punible cuya pena va de tres (3) a seis (6) años, como se enunció con precedencia. Esto originado en el hecho de que al solicitar contraprestación alguna por la adquisición o cesión de un componente anatómico, se desvirtúan los fines humanitarios de la donación y el trasplante de órganos sustentados en el principio de solidaridad social, situación que contraviene de forma expresa las disposiciones de la Ley 73 de 1988 y el Decreto 2493 de 2004, acerca de la gratuidad de este tipo de servicios terapéuticos que se enmarcan en los conceptos de altruismo y deber social, con miras a la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida de un individuo.

De acuerdo a lo manifestado por la Procuraduría General de la Nación, son características principales del tráfico de órganos las siguientes:

- a) **Clandestinidad:** Esto implica que las partes del contrato corporal realizan sus acciones de forma oculta, considerando que se trata de una conducta que contraviene la ley. A saber: *“Las partes intervinientes en la*

respectiva compraventa están interesadas en que la operación se mantenga oculta y no trascienda al público como noticia” (Procuraduría General de la Nación, 2011).

- b) El valor de los órganos es fijado de manera potestativa por el respectivo vendedor o pactado entre los extremos contractuales**
- c) El sujeto activo de la conducta es motivado por el ánimo de lucro:**
Situación que se opone abiertamente al principio constitucional de solidaridad social.
- d) La conducta punible “no presenta ningún tipo de límite espacial”.**

Por otra parte, la Ley 919 de 2004 aclara que los gastos de hospitalización, el cuidado médico, el diagnóstico, la extracción, las pruebas médicas, etc., correrán por cuenta de las partes interesadas sin que ello implique la configuración de tráfico de órganos. En consecuencia, es necesario tener presente que la gratuidad se predica sobre la adquisición y donación de los componentes anatómicos.

2.4. DECRETO 2493 DE 2004: POR EL CUAL SE REGLAMENTAN PARCIALMENTE LAS LEYES 9 DE 1979 Y 73 DE 1988, EN RELACIÓN CON LOS COMPONENTES ANATÓMICOS.

Este Decreto tiene como objeto esencial la regulación de todos aquellos procedimientos relativos a la destinación de componentes anatómicos (órganos, tejidos, líquidos orgánicos) para efectos de trasplante de órganos, partiendo de la donación como fuente primordial de adquisición de dichos componentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Artículo 1 señala como receptores esenciales de las disposiciones en ella contenidas a los siguientes sujetos:

- a) Bancos de Tejidos y Médula Ósea**

- b) Instituciones prestadoras de servicios de salud habilitados con programas de trasplantes
- c) Las personas, instituciones y establecimientos dedicados a todos los procedimientos relacionados con obtención, extracción y trasplante de órganos.

En el territorio Nacional, el Decreto 2493 de 2003 se encarga estructurar la Red de Donación y Trasplante en dos niveles: Nacional y Regional.

En el nivel Regional, el territorio se encuentra dividido en las siguientes Regiones:

- Regional 1: Bogotá
- Regional 2: Antioquia
- Regional 3: Valle
- Regional 4: Santander
- Regional 5: Atlántico

Sobre la práctica de trasplante de órganos a **EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN COLOMBIA**, el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 menciona lo siguiente:

EL PROCEDIMIENTO DE TRASPLANTE PROCEDERÁ TENIENDO EN CUENTA:

- Que no existan **NACIONALES** o **EXTRANJEROS RESIDENTES** en lista Nacional y Regional de espera.

Para lo anterior, se debe entender la lista de espera en los siguientes términos: *“Es la relación de receptores potenciales, es decir, de pacientes que se encuentran pendientes por ser trasplantados o implantados a quienes se les ha efectuado el protocolo pertinente para el trasplante o implante”* (Decreto 2493, 2004, Art. 1).

- Declaración de criterios técnico – científicos emitida por un profesional de la salud donde conste la necesidad de un trasplante como único tratamiento terapéutico adecuado
- Suscripción previa del contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención
- Certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes.
- De forma opcional, certificación donde conste que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico del paciente.

2.4.1. LOS PROCEDIMIENTOS DE TRASPLANTE

A. EN TÉRMINOS GENERALES:

I. Notificación de donantes potenciales: Realizada por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud a la Red Regional de Donación y Trasplantes a través del personal médico responsable.

Como requisito esencial relacionado con la prestación de servicios de trasplante, la notificación de donantes potenciales enunciada en el Decreto 2493 de 2004, es regulada por la Resolución No. 2640 de 2005 en su artículo 27.

II. Diagnóstico de Muerte Encefálica

III. Práctica de pruebas para garantizar la calidad de órganos y tejidos donados: Practicadas a todos los donantes para estos fines, algunas de ellas son:

- Determinación de anticuerpos citotóxicos
- Determinación del grupo sanguíneo:
- Prueba serológica para la sífilis

- **Detección de anticuerpos contra el virus de la Hepatitis C**
Las pruebas son enunciadas en el artículo 18.

IV. Extracción de los componentes anatómicos: De acuerdo a lo establecido en el artículo 21 – Parágrafo 2º, la extracción deberá efectuarse por el personal médico del programa de trasplantes o por el personal del banco de tejidos.

V. Obtención de componentes anatómicos: Teniendo en cuenta lo enunciado por el artículo 21 – Parágrafo 1º, la obtención estará a cargo de BANCOS DE TEJIDOS O IPS que se encuentran debidamente autorizadas para estos procedimientos por el INVIMA.

VI. Autorización para trasplantes: A cargo de las Entidades Promotoras de Salud, de acuerdo a los lineamientos del Plan Obligatorio de Salud e incluirá el suministro de medicamentos.

Dicha autorización procederá luego de efectuarse una evaluación interdisciplinaria por varias especialidades de la Medicina, con el fin de determinar un estado general de salud del paciente receptor que incluye valoración por hepatología, inmunología, cardiología, odontología, radiología, entre otras.

Luego de verificarse el estado físico y somático del potencial receptor a través de lo cual se determinará si el paciente requiere el trasplante y siempre que se realicen las pruebas de histocompatibilidad pertinentes, la EPS a la cual esté adscrito el paciente procederá a expedir la autorización del trasplante para que sea remitido a la unidad encargada de trasplante de órganos, si se logra determinar que el futuro trasplante es el único tratamiento médico que permitirá mejorar las condiciones de vida del potencial receptor.

VII. EDUCACIÓN AL RECEPTOR: Se le debe manifestar la imposibilidad de conocer la totalidad de los riesgos a los que se encuentra expuesto con la realización del trasplante, así como de las posibles consecuencias de su decisión desde el punto de vista psicológico y somático y sus beneficios.

VIII. Expresión libre y consciente del CONSENTIMIENTO INFORMADO del RECEPTOR: POR ESCRITO. Si se trata de menor de edad, el consentimiento será manifestado por el representante legal.

Sobre este punto es importante resaltar que solo los pacientes mayores de edad podrán emitir su consentimiento de forma expresa y *directa*, considerando que de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil Colombiano gozan de capacidad de ejercicio.

Por su parte, los menores de edad e incapaces deberán hacerlo a través de su representante legal a quien deberá brindársele la educación anteriormente enunciada con el propósito de garantizar el conocimiento necesario de información relacionada con el trasplante de órganos, con el fin de que puedan expresar su consentimiento de forma libre y espontánea en calidad de representante.

IX. Realización del trasplante: Por el equipo médico del programa de trasplantes de la IPS.

X. Control y seguimiento.

2.5. DECLARACIÓN DE ESTAMBUL

A través de la cual los Estados miembros se comprometen a implementar programas para prevenir el tráfico y turismo de órganos por tratarse de prácticas violatorias de los principios de equidad, justicia y respeto de la dignidad humana.

CAPÍTULO No. III
ACCIÓN DE TUTELA: MECANISMO DE PROTECCIÓN PARA
EXTRANJEROS NO RESIDENTES QUE SOLICITAN TRASPLANTE DE
ÓRGANOS

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, nacen una serie de mecanismos de protección de derechos a través de los cuales las personas tienen la posibilidad de solicitar de las autoridades el reconocimiento de los derechos que les asisten, cuando consideren que estos han sido vulnerados por la actuación u omisión de la administración o de un particular. Considerando el plano de igualdad en el que se encuentran ubicados los extranjeros en Colombia en materia de garantías y derechos, a continuación se realizan algunas precisiones relacionadas con la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos para acceder a los servicios de trasplante de órganos.

Según lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-523 de 2003, *“los extranjeros son titulares de los mecanismos constitucionales para hacer efectiva la garantía de los derechos que a ellos les reconoce el ordenamiento jurídico. Así, pueden interponer acciones de habeas corpus, tutela, cumplimiento, populares y de grupo por cuanto ellas tienen como sujeto activo a toda persona”*.

3.1. Acción de Tutela – Art. 86 C.P.

Instaurada por el artículo 86 de la Carta y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo de protección a través del cual toda persona podrá solicitar el reconocimiento de sus derechos constitucionales fundamentales (art. 85 C.P.), a saber:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus

derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Considerando que la norma no califica el sujeto activo de la acción, también los extranjeros no residentes están llamados a ejercerla para proteger los derechos enunciados en el artículo 85 de la carta, catalogados como de aplicación inmediata, en observancia de lo dispuesto por los artículos 4 y 93 del estatuto superior respectivamente.

Según lo dispuesto en Sentencia C-834 de 2007, *“cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, por cuanto “los sujetos de la protección no lo son en virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas”*” (Corte Constitucional, 2007). Es necesario tener en cuenta que la protección invocada recae sobre **derechos constitucionales fundamentales** cuyo carácter es universal e inherente a las personas independientemente de su origen nacional.

Se debe mencionar que, según el criterio axiológico o material establecido por la Corte Constitucional y analizado por Tulio Chinchilla, *“son fundamentales que admiten una sustentación axiológica basándose en cualquiera de estas dos vías: a). por ser “inherentes o esenciales a la persona humana”, de tal manera que sin ellos no es concebible la existencia del ser humano con sus atributos definitorios... (de allí su carácter de inalienables); b). por ser una derivación inmediata, directa y evidente de ciertos valores y principios supremos que hacen las veces de axiomas éticos”.* (Chinchilla, 2009).

Así las cosas, en materia de derecho a la salud para acceder a los servicios de trasplante de órganos, será posible instaurar acción de tutela como mecanismo efectivo para proteger el mencionado derecho por considerarse fundamental.

“La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

Al conceder la protección solicitada, el juez de tutela deberá emitir una orden dirigida a la persona (jurídica o natural) que ha consumado la acción u omisión, a través de la cual se ha desconocido el derecho fundamental del sujeto activo con el fin de detener la actuación. En este caso particular, el titular de la acción será un extranjero sin tener en cuenta si se trata de uno residente o de un individuo cuya permanencia es de carácter temporal, en aplicación de lo dispuesto por los tratados de derechos humanos que han sido ratificados por el Congreso, considerando que la vulneración recae sobre derechos fundamentales.

Es necesario recordar que la Constitución Política de Colombia contempla el principio de igualdad, en virtud del cual todos los individuos nacen libres e iguales ante la ley, teniendo la posibilidad de recibir la misma protección y trato de las autoridades sin discriminación alguna por su *origen nacional*.

Así las cosas, la orden emitida estará encaminada a la inclusión del accionante en la lista de espera o a la práctica del trasplante solicitado por la gravedad de la enfermedad que padece, situación que pone en riesgo su derecho a la salud.

“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Es necesario tener en cuenta que la acción de tutela se configura como un mecanismo *subsidiario* para la protección y efectividad de los derechos. De acuerdo a lo anterior, esta acción solo podrá invocarse en aquellos casos en los cuales el sujeto activo no cuente con un mecanismo diferente para lograr la

protección de sus derechos o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional en Sentencia T-458 de 1994 ha mencionado que *“la irremediabilidad del perjuicio, implica que las cosas no puedan retornar a su estado anterior, y que sólo pueda ser invocada para solicitar al juez la concesión de la tutela como "mecanismo transitorio" y no como fallo definitivo, ya que éste se reserva a la decisión del juez o tribunal competente. Es decir, se trata de un remedio temporal frente a una actuación arbitraria de autoridad pública, mientras se resuelve de fondo el asunto por el juez competente”*.

“En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”.

Es necesario tener en cuenta que la tutela tiene un procedimiento preferente y sumario con el fin de reafirmar su carácter garantista y protector de derechos fundamentales constitucionales, para lograr la eliminación de la condición que afecta derechos o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, debido a la inminencia de su configuración.

“La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

En términos generales, *“la titularidad de la acción de tutela corresponde a “toda persona”, sin establecer diferencia alguna por razones de nacionalidad ni de ciudadanía. Ello armoniza con el principio general consagrado en el artículo 100...los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales”* (Corte Constitucional, 1993).

Sobre el caso objeto de estudio, en principio podrá afirmarse que un extranjero puede ser titular de una acción de tutela con el fin de solicitar la protección de su derecho a la salud como fundamental (esfera autónoma) o en conexidad con el derecho a la vida (esfera conexión), por tratarse de un derecho constitucional fundamental objeto de protección a través de este tipo de acción, sin tener en cuenta su tiempo de permanencia en el territorio nacional.

En este caso, el extranjero no residente deberá demostrar la titularidad del derecho a la salud como se verá en el siguiente capítulo.

Considerando lo anterior, a continuación se realizará una verificación de los derechos de nacionales y extranjeros residentes que pueden vulnerarse al concederse el amparo invocado por medio de una acción de tutela interpuesta por un extranjero no residente, teniendo en cuenta que con este mecanismo se pretende acceder a un trato preferente y sumario autorizado por un Juez de la República, para que autorice la práctica de un trasplante de órganos sin la observancia de la restricción impuesta por el Decreto 2493 de 2004, argumentando la defensa del derecho a la salud, la vida digna y la igualdad.

CAPÍTULO No. IV

TITULARIDAD DEL DERECHO A LA SALUD Y TRASPLANTE DE ORGANOS

4.1. EL DERECHO A LA SALUD

Según la Organización Mundial de la Salud, *“El derecho a la salud significa que los gobiernos deben crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Esas condiciones incluyen las disponibilidades garantizadas de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano”*.

4.2. COMPONENTES ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD:

En Colombia, la Constitución Política de 1991 recoge el derecho a la salud en su artículo 49, consolidándolo como un servicio público a cargo del Estado enunciando lo siguiente:

a. SERVICIO PÚBLICO: PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA SALUD: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

En consonancia con lo anterior, todas las personas tendrán la posibilidad de acceder a los servicios de salud que ofrece el Estado Colombiano, con el fin de proteger su bienestar físico y mental mediante los distintos programas de prevención y promoción instaurados en el sistema de seguridad social ya sea a través del régimen contributivo o subsidiado. La salud es un servicio público que se rige por los principios de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad.

La Corte Constitucional en Sentencia T – 548 de 2011 enuncia las facetas del

servicio de salud como “*faceta **preventiva** dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta **reparadora**, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta **mitigadora** orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad*” (Corte Constitucional, 2011).

b. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD: “*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad*”.

En desarrollo del Estado Social de Derecho definido por el artículo 1 de la Carta Política y de sus principios de dignidad humana, trabajo y **solidaridad**, el artículo 48 de la Constitución instauro el Sistema General de Seguridad Social como un servicio público que estará regulado por el Estado Colombiano. El mencionado artículo es perfeccionado a través de la Ley 100 de 1993 que explica los conceptos de eficiencia, universalidad y solidaridad así:

“*ARTICULO. 2º- Principios... a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;*

b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c) 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”.

c. REGÍMENES DEL SISTEMA DE SALUD, OBLIGATORIEDAD DE AFILIACIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL: “*...establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control...establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los*

términos y condiciones señalados en la ley”.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud cuenta con dos regímenes básicos, a saber: Contributivo y Subsidiado.

El régimen contributivo es administrado por *entidades privadas* vigiladas por el Estado, encargándose de la vinculación de individuos a través del **pago de una cotización individual o familiar**; los afiliados a este régimen cuentan con capacidad de pago.

Por su parte el régimen subsidiado, *a cargo del Estado*, se encarga de la vinculación de individuos a través del **pago de una cotización subsidiada** con recursos fiscales o de solidaridad; los afiliados a este régimen no cuentan con capacidad de pago.

La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es parte integral del derecho a la salud, siendo de carácter obligatorio para todos los ciudadanos del territorio nacional, teniendo en cuenta que es la garantía básica para acceder a los servicios de salud en los distintos niveles de atención.

El Estado Colombiano tiene a su cargo las actividades de vigilancia de todas las entidades que tienen bajo su control la administración de recursos destinados a la promoción y desarrollo de los servicios de salud.

d. DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA: ***“Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad”.***

El Sistema a nivel nacional se dividirá en direcciones seccionales, distritales y locales de salud con autonomía administrativa y presupuestal.

e. SERVICIO GRATUITO Y OBLIGATORIO: ***“La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”.***

Por la relevancia natural del derecho a la salud, los servicios relacionados con el mismo serán *gratuitos y obligatorios*.

La obligatoriedad se materializa a través de la afiliación de toda la población al sistema general de seguridad social en salud, teniendo en cuenta que se trata de un servicio **esencial** para la protección del individuo considerando la relación inescindible existente entre el derecho a la salud y el derecho a la vida.

Por su parte, la gratuidad se manifiesta en el subsidio de los recursos destinados a la salud por parte del Estado, con el propósito de garantizar la cobertura y prestación del servicio en todos los niveles de la población, para proteger las contingencias relacionadas con el bienestar físico y mental de los individuos.

f. DEBER DE AUTOCUIDADO: “*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad*”.

Como parte integral del disfrute y desarrollo del derecho a la salud, cada individuo deberá procurar su cuidado propio, con el fin de prevenir posibles enfermedades que alteren su estado de salud así como el de su comunidad.

g. PROTECCIÓN AL ENFERMO DEPENDIENTE O ADICTO

A través del Acto Legislativo No. 2 de 2009 se adicionaron los dos últimos incisos al artículo 49 de la Carta Política.

4.3. CARÁCTER PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

El derecho a la salud en Colombia, si bien formalmente se puede considerar dentro del grupo de derechos de segunda generación, esto es de los DESC, acorde con la sentencia T-760 de 2008 es necesario entenderlo como un derecho fundamental, aunque el derecho al acceso a los servicios de salud pueda continuar siendo parte de estos DESC.

En este sentido, es posible hablar del derecho al acceso a los servicios de salud, como derecho de carácter prestacional, y acorde a lo mencionado anteriormente, entendido como un **SERVICIO PÚBLICO** a cargo del Estado del cual son beneficiarios todos los habitantes del territorio. Sobre este punto en particular, la

Corte Constitucional en Sentencia T – 062 de 2006 ha dicho lo siguiente: “*El alcance del servicio público de la seguridad social en salud, es el suministro integral de los medios necesarios para el restablecimiento de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y la garantía de llevar una existencia en condiciones dignas, de acuerdo con las prescripciones médicas aconsejadas para el caso, ya conocidas, pronosticadas o previstas de manera específica, así como de las que surjan a lo largo del proceso, encuéntrense o no contenidas dentro de las enlistadas como de asistencia obligatoria por parte de las entidades que dispensan el servicio*”.

Teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 7 del Acuerdo 29 de 2011, “*las entidades promotoras de salud deberán garantizar a los afiliados el acceso efectivo al Derecho a la salud a través de la **prestación** de las tecnologías incluidas en el presente acuerdo*”.

La cobertura en materia de prestaciones sanitarias establecidas por el Plan Obligatorio de Salud en Colombia se define en los siguientes servicios:

- i. Promoción de la salud y prevención de la enfermedad
- ii. Acciones para la recuperación en salud
- iii. Atención Integral del proceso de gestación, parto y puerperio
- iv. Atención de Pacientes con enfermedades terminales
- v. Salud Oral
- vi. Garantía de continuidad a los medicamentos
- vii. **TRASPLANTES:** Sobre este punto particular el Acuerdo 29 de 2011 hace las siguientes consideraciones:

“Para los trasplantes cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, la prestación comprende:

1. *Estudios previos y obtención del órgano o tejido del donante identificado como efectivo. (Procedimiento de rescate de órganos, pruebas de histocompatibilidad, consentimiento informado, educación al paciente,*

proceso de extracción del componente anatómico etc.)

2. *Atención del donante vivo hasta su recuperación, cuya atención integral estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud del Receptor. (La atención incluirá evaluación médica por especialistas de diferentes disciplinas, incluyendo atención psicológica).*
3. *Procesamiento, transporte y conservación adecuados del órgano o tejido a trasplantar, según tecnología disponible en el país.*
4. *El trasplante propiamente dicho*
5. *Tecnologías en salud para preparar al paciente y para la atención o control post trasplante. (La preparación debe ser integral, es necesario recordar que al receptor se le deben practicar diferentes exámenes médicos y debe ser valorado por inmunología, hepatología, cardiología, medicina interna, etc., Además de brindarle atención especializada por un psicólogo y el médico tratante quienes deberán indicarle los beneficios y riesgos relacionados con la práctica del trasplante, teniendo en cuenta las posibles consecuencias psíquicas y somáticas posteriores al procedimiento. Así mismo, el paciente tendrá derecho a controles periódicos vitalicios con el fin de verificar frecuentemente el estado y evolución del componente anatómico trasplantado).*
6. *Tecnologías en salud necesarias durante el trasplante*

PARÁGRAFO: Las entidades promotoras de salud no están obligadas a asumir los estudios realizados en donantes no efectivos⁵.

El Plan Obligatorio de Salud contempla los trasplantes de riñón, corazón, hígado, médula ósea y córnea, los demás se encuentran excluidos de cobertura.

Por su parte, la Institución Prestadora de los Servicios de Salud debe

⁵ “Donante no efectivo es aquella persona cuyos tejidos no son compatibles con los del receptor”.

encargarse de obtener los componentes anatómicos necesarios para efectuar los trasplantes que requieran los pacientes afiliados a su entidad.

Los servicios de trasplante desarrollan las fases reparadora y mitigadora del derecho a la salud.

viii. Medios Diagnósticos

ix. Suministro de sangre total o de productos hemoderivados

x. Dispositivos

xi. Prótesis Dentales, entre otros.

Considerando que el derecho a la salud hace parte del grupo de los derechos sociales, económicos y culturales, este se desarrolla como un mecanismo a través del cual el hombre garantiza unas condiciones de vida *dignas*, situación que reafirma la existencia del Estado Social de Derecho fundamentado en el respeto por la *dignidad humana*, teniendo en cuenta lo establecido en el preámbulo de la Carta Política de 1991.

Por otro lado, con el reconocimiento de los derechos sociales entre los que encontramos el derecho a la familia (art. 42 C.P.), a la seguridad social (art. 48 C.P.), a la salud (art. 49 C.P.), etc., se desarrolla el principio de solidaridad, pilar fundamental del Estado y, particularmente, del sistema de seguridad social en salud como se mencionó con precedencia. Sobre la relación existente entre el derecho a la salud y el principio de solidaridad la Corte Constitucional ha manifestado los siguientes planteamientos: *“No obstante el reconocimiento constitucional del principio de solidaridad, es preciso afirmar que el Estado colombiano –que no es un estado benefactor-, carece de los recursos suficientes para hacer efectivo, a plenitud, el acceso al servicio público esencial de la salud, por lo que es necesario, para garantizar la prevalencia del interés general, hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social en salud en aras de permitir que toda la población, pero en especial la más vulnerable,*

tenga acceso a las prestaciones mínimas en salud” (Corte Constitucional, 1999).

Por esta razón, el derecho a la salud no fue considerado en sus inicios como un derecho fundamental autónomo e independiente, teniendo en cuenta que en principio fue configurado como un *servicio público* dependiente de factores presupuestales pese a su conexidad natural con el derecho a la vida

En consonancia con lo anterior, el derecho a la salud tomó un carácter prestacional encaminado a la satisfacción de las necesidades básicas de la población relacionadas con el bienestar físico y mental de los individuos, fracturando el vínculo inescindible entre los derechos fundamentales y los derechos sociales, económicos y culturales, teniendo en cuenta que, como se verá más adelante, el segundo grupo de derechos contribuye al desarrollo de los primeros.

Sobre la esfera prestacional de los derechos sociales, económicos y culturales y, particularmente sobre el derecho a la salud, la Corte Constitucional ha enunciado lo siguiente: *“Estos derechos son prestacionales **propriamente dichos**, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan visible el **servicio público** de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas accedan a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva” (Corte Constitucional, 1999).*

Esta pretensión subjetiva se suscribe a la posible exigencia de un ciudadano al Estado, configurada en un *deber asistencial* que le permita solicitar protección inmediata como si se tratara de un derecho fundamental que ha sido vulnerado.

Sin embargo, luego de análisis profundos realizados por la Corte Constitucional, se logró determinar que más allá del carácter prestacional propio del derecho a la

salud y, en general, de los derechos sociales, económicos y culturales, puede configurarse una relación de conexidad entre estos y los derechos fundamentales que según Tulio Chinchilla, “*permite al juez verificar en el caso judicial concreto de tutela si un derecho social, económico o colectivo (no fundamental en principio) se convierte en fundamental por la íntima conexión fáctica que tiene con otro derecho fundamental en sí mismo*”. (Chinchilla, 2009) :

4.4. CRITERIO DE CONEXIDAD DEL DERECHO A LA SALUD CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA EN COLOMBIA

El derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política de 1991, constituye un derecho fundamental del cual depende la existencia y el goce de los demás derechos inherentes a cada individuo. Así las cosas, la Carta Política prohíbe la pena de muerte en Colombia y acredita el derecho a la vida como *inviolable*.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3 dispone que “*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”, evidenciando la prevalencia y valor por la vida sobre los demás derechos.

Así mismo, el artículo 2 de la Constitución Política enuncia como uno de los fines del Estado la obligación propia de las autoridades de la República de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Sobre este punto en particular, es importante aclarar que el sujeto pasivo sobre quien recae dicha obligación no está calificado, se trata simplemente de una *persona residente*, de tal suerte que dentro de esta categoría están incluidos los extranjeros con visa de residente en nuestro país. esencial.

Igualmente, en Sentencia T-328 de 2012, la Corte Constitucional afirma que “*la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos*

y obligaciones” (Corte Constitucional, 2012).

Sin lugar a dudas, la vida se constituye como derecho fundamental por ser inherente a la persona, individual (en cuanto a la titularidad) y esencial para el ejercicio de los derechos establecidos dentro del ordenamiento jurídico.

Con la concepción de la vida aparecen automáticamente los demás derechos propios de cada individuo.

En consonancia con lo anterior, por tratarse de un derecho primordial su protección deberá ser inmediata en aquellos eventos en los que sea vulnerado.

Adicionalmente, el ordenamiento jurídico Colombiano contempla la vida no sólo como un derecho sino como un valor constitucional en sí mismo, siendo necesario que a cada individuo se le brinden todas las condiciones necesarias para disfrutarlo en el marco de la dignidad humana, a saber: *“La Constitución no sólo protege la vida como un derecho sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes para el Estado y para los particulares. La Carta no es neutra frente al valor de la vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida”* (Corte Constitucional, 1997).

Lo anterior con fundamento en el preámbulo de la Carta Política, considerando que en ella se consolida el Estado Social de Derecho basado en el respeto de la dignidad humana, lo que implica la concepción de la vida que trasciende de la mera existencia y que se desarrolla plenamente a través de la convergencia de diferentes factores que permiten un disfrute adecuado de la misma. El ser humano bajo esta premisa, deberá contar con todas las condiciones y derechos necesarios para llevar una existencia digna. Entre dichos factores, podemos destacar el *derecho a la salud*, teniendo en cuenta que se trata de la garantía mínima con la que cuenta cada individuo para desarrollarse como persona en términos de bienestar físico y mental. Por esta razón, resultaría difícil separar la relación

estrecha que existe entre el derecho a la vida y el derecho a la salud, situación que reafirma la posición enunciada con precedencia referente al desarrollo de los derechos fundamentales a través del ejercicio de derechos sociales, económicos y culturales.

La relación innata que existe entre el derecho a la vida y el derecho a la salud puede verse reflejada más claramente cuando el último se encuentra en peligro, a saber: La gravedad de las posibles afecciones a la salud que sufra un individuo, podrán afectar de manera *directa* su derecho a la vida de no ser tratadas adecuadamente y con los cuidados médicos y la atención integral necesaria para mitigar, curar o paliar dichas dolencias. Es importante anotar la concepción sobre el derecho a la salud que ha sido emitida por la Corte Constitucional “*el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento*” (Corte Constitucional, 2006). La preservación de la mencionada normalidad orgánica permite la prolongación de la vida a través del tiempo facultando al hombre para sobrevivir y desarrollarse como tal. Esto se reafirma con lo siguiente: “*la vida, se vincula y relaciona con otros derechos, que sin perder su autonomía, le son consustanciales y dependen de él, como la salud y la integridad física; por lo tanto, esta Corte, ha expuesto reiteradamente que la salud y la integridad física son objetivos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana...cuando se habla del derecho a la vida se comprende necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género, también cobija a cada una de las especies que lo integran*” (Corte Constitucional, 1998).

Como consecuencia de la conexidad inescindible existente entre ambos derechos, es posible observar el derecho a la salud como ***fundamental*** trascendiendo del carácter netamente prestacional que ha sido explicado con anterioridad. El vínculo

impregna de dicha condición a este derecho social, considerando que se configura como garantía esencial para el disfrute y prolongación del derecho a la vida en términos de dignidad humana. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado que *“los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de estos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección”* (Corte Constitucional, 1999).

Así mismo, en la Corte menciona que *“el criterio de conexidad permite que la acción de tutela se utilice para proteger derechos que no son fundamentales, siempre y cuando se encuentren estrechamente vinculados con otros que sí lo son, de tal manera que el desconocimiento de aquéllos produzca, como consecuencia necesaria, la vulneración de éstos”*. (Corte Constitucional, 1998)

Por lo tanto, al desconocer el derecho a la salud de un individuo también se desconocería su derecho fundamental a la vida.

Por último, cabe resaltar la posición de Tulio Chinchilla sobre las condiciones bajo las cuales el derecho a la salud es fundamental, a saber: *“El derecho a la salud en adultos es fundamental en sí mismo, derecho fundamental autónomo lo bautizan las sents. T-372 de 2005 y T-270 de 2007, **pero sólo respecto a ciertos contenidos específicos que integran**, entonces, su núcleo esencial (derecho al POS)...estos contenidos se tornan verdaderos derechos subjetivos del paciente”*.

4.5. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN MATERIA DE TRASPLANTES

Por tratarse de un derecho que permite el desarrollo de una vida digna bajo la relación de conexidad o ya sea entendido en términos de fundamentabilidad (Verbigracia: Derecho a la salud de los niños), son titulares del derecho a la salud en materia de trasplante de órganos *todos* los individuos que sean personas

naturales teniendo en cuenta los siguientes presupuestos:

4.5.1. NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES: DE FORMA GENERAL

- Como destinatarios de protección permanente de las autoridades de la República en términos de derecho a la vida, si se considera que el derecho a la salud se configura como medio para garantizar su goce efectivo en términos de dignidad.
- Adicionalmente, considerando lo dispuesto en el artículo 42 de la Carta Política, donde se manifiesta que la salud es un servicio **público** a cargo del Estado.
- Así mismo, contemplando el derecho a la salud como fundamental autónomo cuando su titular sea un menor de edad o una persona de la tercera edad.

Al respecto, la Sentencia T-924 de 2004, señala que la salud adquiere dicho carácter *“cuando existen regulaciones que generan un derecho subjetivo sobre las personas a recibir las prestaciones y los medicamentos allí definidos”* (Corte Constitucional, 2004). Así las cosas, se establece que en el caso de los niños y los adultos mayores, el derecho a la salud siempre deberá catalogarse como derecho fundamental independiente de la conexidad que exista con el derecho a la vida.

Por lo tanto, su interpretación como derecho fundamental deberá predicarse en dichos casos sin que sea necesario para su reconocimiento la demostración de la conexidad que existe entre el derecho a la salud y el derecho a la vida.

- Como destinatarios de los servicios de trasplante incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, dentro de los que se encuentran el trasplante de médula ósea, hígado, corazón, córnea y riñón. En estos casos, la Corte Constitucional ha determinado que *“el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental*

autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela". (Corte Constitucional, 2008)

- Por criterio de conexidad con un derecho fundamental, en los casos en los que se trate de trasplantes no incluidos dentro del plan obligatorio de salud vigente como en el caso de los trasplantes de páncreas e intestino.

Al respecto, en Sentencia SU – 819 de 1999 se enuncian los presupuestos básicos mediante los cuales se puede comprender el carácter fundamental del derecho a la salud en términos de conexidad:

- ✓ Relación con otro derecho de rango constitucional fundamental
 - ✓ Observancia del derecho a la salud como asistencia pública, para salvaguardar un derecho fundamental por el riesgo o amenaza que representa la afectación a la salud del paciente
 - ✓ Situación de extrema necesidad
 - ✓ La asistencia requerida se encuentra dentro de las posibilidades del estado para otorgarla
- En consonancia con las disposiciones del Decreto 2493 de 2004, mediante la observancia de los criterios médico científicos que determinan el orden de prelación establecido por la lista de espera de componentes anatómicos racionalizada a través del principio de igualdad.

4.5.2. EXTRANJEROS NO RESIDENTES: DE FORMA CONDICIONADA

- En atención a lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004: serán titulares del derecho a la salud para acceder a los servicios de trasplante en el territorio siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera.

Es importante anotar que el Consejo de Estado ha señalado que dicha verificación debe realizarse al momento de la formulación de la solicitud de trasplante por parte del extranjero no residente, a saber: *“es claro que los nacionales y extranjeros residentes en Colombia que formulen este tipo de solicitudes con posterioridad a esa fecha, no pueden pretender que su solicitud sea satisfecha de manera prioritaria, desplazando al extranjero no residente que se encuentre previamente inscrito”*. (Consejo de Estado, 2010).

- Cuando a pesar de existir receptores nacionales o extranjeros residentes, no se cuente con la disponibilidad logística para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente.
- Cuando el paciente demuestre que en su país de origen no cuentan con los recursos tecnológicos necesarios para efectuar el trasplante que requiere, situación que pone en peligro su derecho fundamental a la vida.
- Cuando mediante la aplicación del criterio médico científico se demuestre que el estado de enfermedad es catalogado en grado cero, razón por la cual se requiere de forma inminente un trasplante de órganos para evitar la afectación del derecho fundamental a la vida. (Corte Constitucional, 2012).
- Mediante la observancia del orden establecido en la lista de espera, con el fin de no atentar contra el principio de igualdad de los pacientes que han sido inscritos de forma precedente.

Sobre este punto en particular, el Consejo de Estado ha determinado que *“en vez de discriminar a los extranjeros no residentes en Colombia y de desconocerles o limitarles el derecho que tienen de convertirse en receptores de un componentes anatómico, produce en realidad un efecto radicalmente distinto, al permitir que tales personas tengan la posibilidad de recibir el trasplante del órgano o tejido humano que requieren para la recuperación o el restablecimiento de su salud”*. (Consejo de Estado, 2010).

En consecuencia de los presupuestos anteriormente esbozados, los titulares del derecho a la salud podrán acudir a la jurisdicción para interponer acción de tutela como mecanismo de exigibilidad de su derecho, teniendo en cuenta la lógica que se expone a continuación:

4.6. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHO A LA SALUD

4.6.1. ANTECEDENTES

Instaurada por la Constitución Política de 1991 en su artículo 86 y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos a través del cual **toda persona** podrá *“reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela”*.

Según lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela está destinada para la protección de los derechos constitucionales fundamentales recogidos del artículo 11 al 41 de la Carta Política, encontrándose entre ellos el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y, por razones naturales, el derecho a la vida. No obstante, algunos derechos que no ostentan dicho carácter también podrán ser amparados mediante la aplicación de este mecanismo de protección de derechos. Sobre este punto en particular, el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991 establece que *“cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la*

Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión” (Decreto 2591, 1991, Art. 2).

Teniendo en cuenta lo anterior, al configurarse la conexidad existente entre el derecho a la vida y el derecho a la salud en los casos ya mencionados o cuando se trate de hechos por los cuales este derecho puede ser considerado como fundamental autónomo, cualquier individuo podrá reclamar la protección correspondiente cuando este le sea desconocido o vulnerado, empleando como argumento de validez en el primer caso, la afectación inminente que puede llegar a sufrir su derecho a la vida al no ampararse el derecho a la salud y, en el segundo, la defensa del derecho a la salud como derecho subjetivo. Es importante anotar, que la Constitución Política de Colombia no califica el sujeto activo que se encuentra legitimado para interponer la acción de tutela, siendo coherente que todas las personas que permanezcan habitual o transitoriamente dentro del territorio nacional, puedan hacer uso de este mecanismo como herramienta para proteger sus derechos fundamentales o aquellos que aunque no se consideren fundamentales, puedan afectar o poner en peligro los que tienen dicha categoría. Por lo tanto, incluso extranjeros no residentes en Colombia podrían emplear esta figura Constitucional.

Es importante tener en cuenta que la acción de tutela fue creada como un mecanismo *subsidiario*, siendo obligatorio que para su ejercicio no existan otros recursos judiciales a través de los cuales se pueda proteger el derecho afectado o se utilice como mecanismo principal de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En los casos de la defensa del derecho a la salud, es posible utilizarlo como mecanismo transitorio con el fin de eliminar el peligro que represente la condición física o mental para la vida del titular.

La Corte Constitucional en Sentencia C-531 de 1993 señala los términos bajo los que debe comprenderse el concepto de perjuicio irremediable, en resumen son los

siguientes:

- Agravamiento o extensión del perjuicio en el tiempo
- Ineficacia del instrumento o recurso judicial disponible
- Gravedad del perjuicio
- Urgencia de los actos
- Inminencia del peligro o amenaza

Por la relevancia natural del derecho a la salud dentro del ordenamiento jurídico y, teniendo en cuenta que como se ha mencionado con anterioridad, este se constituye como factor esencial para una existencia en términos de dignidad humana, el derecho a la salud en sus diferentes esferas puede ser amparado mediante la interposición de una acción de tutela como mecanismo de protección de derechos, a través de la observancia de las siguientes reglas de procedencia:

En este sentido, la jurisprudencia reiterada de la Corte ha señalado como los extranjeros se encuentran legitimados para ejercer las acciones constitucionales, como la tutela, para la defensa de sus derechos, y en el caso particular sobre el trasplante de órganos para proteger el acceso a los servicios que efectivizan este servicio, tal como se refleja en sentencias T-380/1998 T-269/2008, T-675/2012, T-1088/2012.

4.6.2. CRITERIOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE DEFENSA DEL DERECHO A LA SALUD EN MATERIA DE TRASPLANTE DE ÓRGANOS

De acuerdo a lo enunciado por la Corte Constitucional en Sentencia T-666/2004, se deben tener en cuenta los criterios que se exponen a continuación, considerando las dos esferas propias del derecho a la salud, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991:

a) Esfera No. 1: Relación de Conexidad con el Derecho fundamental a la Vida

Eventos en los cuales el trasplante solicitado no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, con el fin de evitar una posible vulneración al derecho a la salud que pueda afectar el derecho a la vida:

- Se debe analizar si existe una probable afectación a los derechos a la vida, integridad personal o a la dignidad del paciente, al negar el tratamiento o medicamento solicitado por no contar con las semanas de cotización requeridas en la reglamentación pertinente.
- Si el paciente se encuentra en imposibilidad económica de sufragar los costos del tratamiento y medicamento solicitados.
- El *titular* (nacional, extranjero residente o no residente) del derecho a la salud que solicita el amparo, deberá invocar la relación de conexidad con el derecho fundamental a la vida, cuando se trate de aquellos trasplantes que no se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.

b) Esfera No. 2: El derecho a la salud como fundamental autónomo

- Encaminado a la protección de la *DIGNIDAD HUMANA*, en cumplimiento de lo dispuesto por el preámbulo de la Carta Política
- A través de la concepción del derecho a la salud como *SUBJETIVO*, que permite a todo individuo la posibilidad de disfrutar los servicios y tratamientos médicos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud.
- En materia de trasplantes, opera en aquellos casos en los que el tratamiento requerido por el titular del derecho a la salud se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de salud, a saber: trasplante de corazón, hígado, riñón, médula ósea y córnea. Así mismo, cuando el trasplante requerido es solicitado por un menor de edad o una persona de la tercera edad.

4.6.3. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA LA OBTENCIÓN DE SERVICIOS DE TRASPLANTE DE ÓRGANOS.

Finalmente, luego del análisis jurisprudencial sobre la conexidad existente entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, así como de las consideraciones referentes a la concepción del derecho a la salud como fundamental y autónomo, es posible afirmar que la Acción de Tutela resulta un mecanismo procedente para solicitar la prestación de servicios de trasplante de órganos en Colombia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos, el trasplante de órganos se emplea como último tratamiento médico para aliviar las condiciones de salud de un individuo que sufre patologías determinadas, incluso relacionadas con enfermedades catastróficas, que ciertamente amenazan la integridad física del paciente y, por lo tanto, su derecho a la vida, evidenciándose el desconocimiento de derechos fundamentales constitucionales.

Como se mencionó al inicio de este trabajo, la decisión referente a la necesidad de un tratamiento médico basado en el trasplante, se efectúa luego de realizarse múltiples exámenes y valoraciones que son analizados mediante la aplicación del criterio médico – científico, con el fin de determinar si este procedimiento es el más idóneo para el paciente, en cumplimiento de la función mitigadora y reparadora del derecho a la salud.

Así las cosas, un individuo a quien no le sea autorizada la prestación de servicios de trasplante, debido a la **inminencia** del peligro al que se encuentra expuesta su vida (reiterando que se trata de enfermedades de alta complejidad), podrá ejercer acción de tutela con el fin de proteger su derecho a la salud para acceder al tratamiento que le ha sido formulado por su médico especialista.

Por un lado, si se trata de aquellos trasplantes que son autorizados por el Plan Obligatorio de Salud (Córnea, Hígado, Médula ósea, etc.), el accionante deberá argumentar la vulneración o amenaza de su derecho a la salud como **fundamental autónomo**, considerándolo como el derecho subjetivo que le asiste

de recibir los servicios y tratamientos que dentro del mencionado plan se encuentran incluidos, con base en lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T – 924 de 2004, desarrollándose de esta manera la esfera autónoma del derecho a la salud. En este caso, el titular no tendrá la necesidad de demostrar la conexidad existente entre el derecho a la salud y el derecho a la vida.

Por otro lado, si se trata de aquellos trasplantes que **no** se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud (páncreas, pulmones, etc.), el accionante deberá demostrar la conexidad existente entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, aportando como evidencia la prescripción médica referente a la urgencia del trasplante como único tratamiento para lograr su recuperación y, de este modo, mejorar las condiciones de vida en términos de **dignidad humana**. Así mismo, podrá acudir a la solicitud del servicio bajo la premisa de **asistencia pública**, tomando como sustento jurídico lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU 819 de 1999. De esta forma, se desarrolla la esfera de conexidad propia del derecho a la salud.

4.7. PRIMER DERECHO DE NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES IMPLICADO.

Sobre este punto es importante anotar que el Decreto 2493 de 2004, enuncia un régimen **condicionado** para la prestación de servicios de trasplante de los extranjeros no residentes en Colombia, con el propósito de proteger intereses de nacionales y extranjeros residentes. Así las cosas, por *regla general* la titularidad del derecho a la salud en materia de trasplante de órganos se predicará de forma habitual a este último grupo, de tal suerte que al no demostrarse al menos alguna de las causales enunciadas en el aparte anterior por parte del extranjero no residente, se estaría vulnerando el Derecho a la Salud de nacionales y extranjeros residentes como titulares naturales dentro del territorio del mencionado derecho para efectos de trasplante de órganos, si se tiene en cuenta que el procedimiento médico solicitado es empleado en la mayoría de los casos como último tratamiento efectivo para restablecer o recuperar la salud del paciente, tomando como

fundamento básico el criterio médico científico.

Cabe resaltar que, como se explicó con precedencia, será necesario respetar la *lista de espera* establecida para los posibles receptores de componentes anatómicos, de tal manera que la verificación de cumplimiento del primer requisito (no existencia de receptores nacionales o extranjeros residentes en lista de espera) se efectúe en el momento en que el extranjero no residente presente en debida forma su solicitud de trasplante y no de forma posterior, con el fin de garantizarle la protección de su derecho a la salud, considerando que el Legislador aprueba la prestación de dichos servicios en los términos ya analizados.

Si al conceder acción de tutela interpuesta por un extranjero no residente, se altera el orden establecido en la lista de espera al desconocer la restricción impuesta por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, se retrasa la posibilidad que tiene un nacional o extranjero residente en Colombia de superar la enfermedad que padece a través del trasplante de componente anatómico y, por lo tanto, se estaría violando su derecho a la salud.

CAPÍTULO No. V
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL POR VIA ACCIÓN DE TUTELA:
TRASPLANTE DE ORGANOS EN EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN
COLOMBIA

“Miembros de organizaciones que reúnen a trasplantados aseguran que los jueces están desconociendo la normatividad que el país ha venido construyendo en este sentido, y mediante la cual se da prioridad a pacientes nacionales y extranjeros residentes: “No puede ser que en un país donde la gente se muere esperando un órgano, venga un extranjero, interponga una tutela e ingrese a una lista de espera en la que están hace meses o años cientos de colombianos””.

Diario El Tiempo – Manuel Arboleda

Considerando lo expuesto inicialmente acerca de la importancia en términos médicos que representan los tratamientos de trasplante de órganos para salvar vidas, en Colombia se ha construido un marco jurídico con el propósito de regular y controlar este tipo de prácticas, para garantizar a la población un acceso adecuado a las mismas que favorezca la defensa y aplicación de los derechos a la salud y a la vida en términos de igualdad.

Así las cosas, recordemos que el Plan Obligatorio de Salud incluye dentro de sus coberturas los trasplantes de hígado, corazón, médula ósea, riñón y córnea. Otra evidencia adicional del compromiso del Estado Colombiano con la regulación de estas actividades, fue la firma de la Declaración de Estambul sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de trasplantes y la Sociedad Internacional de nefrología de Estambul en 2008.

No obstante, en ciertos casos las entidades encargadas de autorizar los procedimientos, no emiten la orden necesaria para continuar el proceso argumentando diferentes razones para ello. Entre otras, se encuentra la exclusión del trasplante solicitado dentro del POS (Ejemplo: Páncreas, Intestino, etc.), la carencia de capacidad logística para trasladar el órgano requerido de una región a otra en el territorio Nacional, la falta de presupuesto, etc., situaciones que pueden vulnerar los derechos a la salud y a la vida de los pacientes que se

encuentran en lista de espera regional o nacional o de aquellos que requieren ingresar a ella como posibles receptores debido a su condición de salud.

Por lo anterior, eventualmente se han instaurado acciones de tutela apelando a la defensa del derecho a la salud como fundamental (cuando se trata de trasplantes que se encuentran autorizados dentro del POS) o por su conexidad con el derecho a la vida (si el trasplante solicitado se encuentra excluido de los autorizados), considerando que este tipo de tratamientos se emplean como última alternativa posible para mejorar las condiciones de vida de los pacientes que padecen enfermedades crónicas o catastróficas.

En Colombia, se contempla la posibilidad de prestar servicios de trasplante a extranjeros teniendo en cuenta el fin humanitario que conlleva esta práctica. Sin embargo, el Decreto 2493 de 2004 establece una limitación encaminada a proteger los derechos de nacionales y *extranjeros residentes* sin que esto implique el desconocimiento de derechos de aquellos extranjeros que no residen en el país, a saber: **“Artículo 40. Prestación de servicios de trasplante o implante a extranjeros no residentes en Colombia.** *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, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención.*

La Institución Prestadora de Servicio de Salud para realizar el procedimiento de trasplante o implante a un extranjero no residente en Colombia, deberá solicitar la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente. La

certificación deberá emitirse de forma inmediata por parte de la Coordinación Regional”.

Como se observa, la limitación impuesta por el Legislador se traduce en la condición de prestar los servicios de trasplante a extranjeros *no residentes*, siempre y cuando no existan pacientes nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, como posibles receptores de los órganos y/o tejidos que se encuentran disponibles con fines terapéuticos. Es importante tener en cuenta que la norma establece que *debe* prevalecer el criterio médico científico como referente principal para la asignación de componentes anatómicos, situación que se ve reflejada en el modo de distribución de los órganos teniendo como base los resultados arrojados por las pruebas de histocompatibilidad y, en general, de todos los exámenes clínicos y paraclínicos aplicados a los pacientes para verificar la compatibilidad con el componente que podrá trasplantarse.

Sin embargo, algunos *extranjeros no residentes* han considerado que la mencionada norma desconoce sus derechos fundamentales a la vida y a la igualdad, teniendo en cuenta que se encuentran expuestos a un peligro inminente originado en la gravedad de la enfermedad que padecen, situación que a su criterio obliga a las instituciones prestadoras de servicios de salud a autorizar el acceso a los servicios de trasplante de órganos, sin tener en cuenta el orden establecido en la lista regional o nacional de espera. Es importante mencionar, que el mecanismo de protección de derechos empleado por los extranjeros *no residentes* para lograr lo enunciado es la acción de tutela, considerando que como se indicó anteriormente, es la herramienta apropiada para obtener de las autoridades el reconocimiento de los derechos fundamentales que aparentemente son vulnerados por la acción u omisión del Estado o de un particular.

Esto puede verse más claramente a través del análisis de los casos que se expondrán a continuación:

5.1. CASO SENTENCIA T-269 DE 2008

Referencia: Expediente T-1782230. Acción de tutela interpuesta por Teodora Irene Seligmann Klein contra el Hospital Pablo Tobón Uribe con citación oficiosa de la Dirección Seccional de Salud del Departamento de Antioquia.

Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería

Tema: Legitimación de extranjeros para instaurar acción de tutela, marco normativo de trasplante de órganos, trasplante hepático a extranjero no residente en el territorio Nacional.

Asunto a Resolver: Decide la Corte Constitucional acción de tutela interpuesta por accionante ecuatoriana, quien viajó a Colombia con el fin de someterse a un trasplante hepático como única alternativa para mejorar sus condiciones de vida, debido a que padece de una cirrosis autoinmune con múltiples complicaciones. En su país de origen no cuentan con los recursos tecnológicos suficientes para efectuar el trasplante requerido con fines terapéuticos.

La paciente se encuentra inscrita en el programa de trasplantes del Hospital accionado.

El Hospital la incluye dentro de su programa condicionando los servicios solicitados a lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, considerando que es una *extranjera no residente en Colombia* y que se encuentran varios pacientes nacionales en lista regional y nacional de espera.

No obstante, la accionante manifiesta que lo anterior se configura como *“una marcada discriminación por su calidad de extranjera no residente, y sin consideración a su cuadro clínico, ya que su vida corre peligro ante el inminente riesgo que su situación le merece, máxime si se tiene en cuenta que es una persona de la tercera edad, al contar con 63 años de vida”*.

Las pretensiones esenciales de la acción son las siguientes:

- a) *“ La protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la igualdad*
- b) *Como corolario de lo anterior, requiere que conmine al Hospital Pablo*

Tobón Uribe que no puede invocar la condición de que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera para practicarle el trasplante hepático que requiere”.

5.1.2. REGLAS DEL CASO CONCRETO

La Corte Constitucional reconoce la validez de la limitación establecida por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, donde se enuncian ciertas condiciones necesarias para que *extranjeros no residentes* en Colombia puedan acceder a la prestación de servicios de trasplante de órganos sin afectar derechos de Nacionales o extranjeros residentes en el territorio. No obstante, al efectuar un análisis en conjunto de todas las pruebas allegadas por la accionante y, particularmente, de los exámenes médicos aportados donde se pone en evidencia la gravedad del estado de salud de la paciente, la Corte concluye que es necesaria la primacía del criterio médico científico como criterio base para la asignación de componentes anatómicos más allá del sistema de turnos ideado para la racionalización del servicio. Esto es, si los resultados clínicos arrojan que el estado de salud del paciente se encuentra en un grado elevado de gravedad, aun cuando se trate de extranjeros no residentes en Colombia y, si se tiene en cuenta que el posible receptor es compatible con el componente disponible, entonces será necesario prestarle los servicios de trasplante solicitados, considerando que por encima de la norma reglamentaria (Decreto 2493 de 2004) se encuentran los derechos constitucionales fundamentales invocados, a saber: el derecho a la vida y a la igualdad, los cuales, teniendo en cuenta jurisprudencia reiterada, no podrán ser desconocidos bajo ninguna circunstancia por hacer parte del bloque de derechos humanos inherentes a toda persona.

I. REQUISITOS DE VALIDEZ: Con el fin de acceder a los servicios de trasplante de órganos en Colombia es necesario cumplir con ciertos requisitos de validez del procedimiento, en términos de legalidad:

- Manifestación del criterio médico científico: *“en opinión del personal*

médico especializado la paciente se encuentre apta para afrontar el procedimiento”.

- Disponibilidad del componente anatómico para efectuar el trasplante *“que se tenga disponibilidad de un órgano para ser trasplantado”.*
- Revisión de la lista regional y nacional de espera: *“que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera”.*
- Disponibilidad de medios técnicos y científicos para realizar el trasplante

II. ALTERACIÓN EN LA LISTA DE ESPERA DE FORMA EXCEPCIONAL:

La lista de espera o sistema de turnos instaurado en Colombia como mecanismo para racionalizar la prestación de servicios de trasplante de órganos, responde a un principio básico del derecho que se manifiesta así: *“primero en el tiempo, primero en el derecho”.* De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional, en principio este criterio podría ser empleado como referente básico para la asignación de componentes anatómicos con el fin de resolver problemas de igualdad. No obstante, será posible alterar dicha lista de forma excepcional por razones de urgencia, con el fin de proteger el bien jurídico de la vida de un paciente que requiere de forma apresurada el trasplante por la inminencia del peligro al que se encuentra expuesto.

III. PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: *“La protección de los derechos constitucionales fundamentales se predica de todas las personas, por así disponerlo el artículo 86 de la Constitución Política, concepto aquel que tiene más de 120 años de vigencia...como que el artículo 75 del Código Civil sancionado en 1873 definió el término diciendo que es persona todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.*

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD PARA EXTRANJEROS: Los extranjeros son titulares de la acción de tutela como mecanismo de defensa, teniendo en cuenta que el artículo 86 superior consagra en favor de *“toda persona”* la

posibilidad de solicitar protección inmediata de sus derechos fundamentales constitucionales vulnerados. Adicionalmente, considerando que el artículo 100 de la Carta Política dispone que los extranjeros gozarán de las mismas garantías y derechos civiles que los nacionales, armonizando todo lo anterior con lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución, donde se consagra el principio de igualdad que proscribiera cualquier tipo de trato discriminatorio por razones de origen nacional. Así las cosas, la Corte señala que *“si existe una legitimación por activa para formular por aquellos acciones de tutela, lógico resulta que también son titulares de los derechos constitucionales fundamentales”*.

- V. TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA:** La Corte Constitucional afirma que en materia de donaciones y trasplantes de órganos, *“hay que decir que dichos procedimientos suponen, el mejoramiento en el organismo de un sujeto distinto de aquel de donde viene el órgano desplazado, lo que, necesariamente, se halla vinculado a derechos de estirpe constitucional como se trata de la salud y la vida”*.

5.1.3. DECISIÓN

La Corte Constitucional decide confirmar la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, en cuanto a la ordenación de amparar los derechos fundamentales invocados.

Así mismo, ordena a la entidad accionada a iniciar las gestiones necesarias para que la accionante reciba el trasplante de órganos solicitado sin mayores dilaciones.

5. 2. CASO SENTENCIA T-675/2012

Referencia: Expediente T-3420766. Acción de tutela interpuesta por Liron Peretz contra el Instituto Nacional de Salud.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Adriana Guillén Arango y Gabriel Eduardo Mendoza Marteló.

Tema: Legitimación de extranjeros para instaurar acción de tutela, inclusión en lista de espera, trasplante de corazón a extranjero no residente en el territorio Nacional, Hecho superado.

Asunto a resolver: Decide la Corte Constitucional acción de tutela interpuesta por accionante israelí, quien viajó a Colombia con el fin de someterse a un trasplante de corazón como única alternativa para mejorar sus condiciones de vida.

La paciente reside en Medellín desde hace un tiempo y se encuentra inscrita en el programa de trasplantes del Centro Vascular Colombiano Clínica Santa María.

“Asegura la accionante que presentó ante el Instituto Nacional de Salud toda la documentación requerida por el Decreto 2493 de 2004, con el fin que fuese incluida en las listas de candidatos a trasplantes de órganos. Dicha solicitud fue negada por el Director General del Instituto Nacional de Salud arguyendo que no estaba completa y que este era un caso de turismo de trasplantes⁶”.

Las pretensiones esenciales de la acción son las siguientes:

- La paciente solicita que se ordene al Instituto Nacional de Salud a efectuar la inclusión de la señora Peretz en lista de espera sin tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

⁶ Manifestación de la accionante en los hechos de la demanda

5.2.1. REGLAS DEL CASO CONCRETO

Mediante respuesta de solicitud de pruebas allegada a la Secretaría General de la Corte, se informa que el día 19 de Junio de 2012 se le practicó el trasplante de corazón a la accionante, previa autorización del INS por razones humanitarias razón por la que se declara la carencia de objeto de estudio en el asunto de referencia por hecho superado.

Sin embargo, en sus consideraciones sobre el caso concreto la Corte Constitucional se adhiere a lo manifestado por el INS sobre el tema, a saber:

I. ESTADO DE GRAVEDAD “CERO” COMO CRITERIO CIENTÍFICO

NECESARIO PARA MODIFICAR LISTA DE ESPERA: No es posible modificar la lista regional y nacional de espera en el caso concreto, teniendo en cuenta que la paciente no se encuentra en un estado de gravedad “cero” que obligue a que el trasplante se haga de manera inmediata como lo estipula la Sentencia T-269 de 2008. Esto con el propósito esencial de no vulnerar los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los demás pacientes nacionales y extranjeros residentes que se encuentran como posibles receptores en el sistema de turnos. Lo anterior, considerando que la entidad que le presta los servicios de salud no ha manifestado la urgencia del trasplante, *“lo que permite inferir que se encuentra en un estado clínico “electivo”; esto implica que tiene que acatar y cumplir lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004”*.

II. DERECHO A LA SALUD- RESPONSABILIDAD DEL PAÍS DE ORIGEN:

“Los países son responsables de la salud de sus nacionales o de los residentes”, máxime cuando si se trata de Estados que se encuentran con la disponibilidad tecnológica para facilitar este tipo de tratamientos a sus habitantes, considerando lo dispuesto por la Declaración de Estambul⁷.

III. PREVALENCIA DE DERECHOS DE NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES EN MATERIA DE TRASPLANTES:

Los extranjeros no residentes en Colombia deberán cumplir los requisitos enunciados por el

⁷ Principio 1: *“Los gobiernos nacionales, que trabajan en colaboración con organizaciones internacionales y no gubernamentales, deberán desarrollar e implementar programas integrales para la revisión, prevención y tratamiento de la insuficiencia orgánica”*:

artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 para acceder a la prestación de servicios de trasplante con el objetivo de no desconocer los derechos de nacionales y extranjeros residentes en Colombia que se encuentren en lista de espera. Esta situación no implica un trato discriminatorio que se oponga a lo dispuesto por el artículo 13 superior.

5.2.2. DECISIÓN

Declarar la carencia actual de objeto en el asunto de referencia, por hecho superado.

5.3. CASO SENTENCIA T-1088 DE 2012

Referencia: Expediente T-2986112. Acción de tutela interpuesta por Jordán Benedito Razzini contra el Instituto Nacional de Salud, Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Hospital San Vicente de Paúl.

Magistrados de la Sala Cuarta de Revisión: Gabriel Eduardo Mendoza Marteló, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla.

Tema: Legitimación de extranjeros para instaurar acción de tutela, inclusión en lista de espera, trasplante hepático a extranjero no residente en el territorio Nacional.

Asunto a resolver: Decide la Corte Constitucional acción de tutela interpuesta por accionante Brasileño, quien viajó a Colombia con el fin de someterse a un trasplante de hígado como única alternativa para mejorar sus condiciones de vida pues padece de Cirrosis Hepática Alcohólica.

El paciente se trasladó a Medellín y solicitó trasplante hepático ante el Hospital San Vicente de Paúl.

El accionante *“Advierte que...dicha solicitud fue negada al corroborar que existen receptores nacionales y extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, lo que impide que se le pueda realizar dicha intervención, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004...”*.

Las pretensiones esenciales de la acción son las siguientes:

- El paciente solicita que se inaplique el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 por ser inconstitucional, toda vez que discrimina a los extranjeros no residentes en el territorio nacional.
- En consecuencia, se ordene a las autoridades competentes a autorizar el trasplante de hígado que requiere en igualdad de condiciones que los Colombianos, respetando únicamente los criterios técnico-científicos de asignación y selección.

5.3.1. REGLAS DEL CASO CONCRETO

I. RESTRICCIÓN DE DERECHOS A EXTRANJEROS EN COLOMBIA:

Procederá a través de la ponderación de derechos y teniendo en cuenta criterios de necesidad y proporcionalidad. Para instaurar trato diferente se deberá establecer: Si el objeto regulado permite realizar tales distinciones; la clase de derecho que se encuentre comprometido; el carácter objetivo y razonable de la medida; la no afectación de derechos fundamentales; la no violación de normas internacionales; las particularidades del caso concreto.

II. DERECHO A LA SALUD- RESPONSABILIDAD DEL PAÍS DE ORIGEN: El principio general de solidaridad se aplica frente a todos los habitantes del territorio. En materia de salud, el deber de solidaridad se hace extensivo a extranjeros no residentes en situaciones *imprevistas e irresistibles*. Corresponde al Estado del cual es nacionales el extranjero garantizar su derecho fundamental a la salud.

III. PREVALENCIA DE DERECHOS DE NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES EN MATERIA DE TRASPLANTES: No existe trato discriminatorio frente a los extranjeros no residentes en materia de trasplante de componentes anatómicos, si se tiene en cuenta que se presenta una diferencia

en carga de cumplimiento de deberes y obligaciones, pues los extranjeros no residentes solo responden a ellos en un tiempo de carácter no permanente.

5.3.2. DECISIÓN

Revocar el fallo judicial proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, el veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011).

En el siguiente capítulo se desarrollará de forma más detallada el contenido de la Sentencia analizada en el presente numeral.

5.4. LA VIDA DIGNA: SEGUNDO DERECHO DE NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES IMPLICADO

Luego de analizar todo lo anterior, podemos mencionar como segundo derecho implicado “la vida digna” de nacionales y extranjeros.

Según la Corte Constitucional, *el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable.*

El juez de tutela no podrá alterar el orden establecido en la lista de espera, con el fin de proteger el derecho de un extranjero no residente en Colombia por encima del derecho a la vida de un nacional o extranjero residente, si se tiene en cuenta que éstos últimos también requieren dicho tratamiento como única alternativa viable para salvar su vida. Es importante recordar la sentencia No. Rad. 00121 00

del Consejo de Estado en la que se establece que la prestación de servicios de trasplante para extranjeros no residentes es una posibilidad eventual que se podrá configurar siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, considerando que es fin del Estado la protección de todas las personas residentes en el territorio en su vida, honra y bienes.

No obstante, se debe enfatizar en que dicho orden podrá ser priorizado en virtud del criterio médico científico, el grado de urgencia (cero) o deterioro de la enfermedad, imposibilidad de recursos y tecnología para realizar el trasplante solicitado en el país de origen, situación en cual no se afectarán derechos de nacionales ni extranjeros residentes, por tratarse de un acto humanitario.

CAPÍTULO VI

IGUALDAD: NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES CON RESPECTO A EXTRANJEROS NO RESIDENTES

6.1. NACIONALIDAD Y EXTRANJEROS

Los artículos 96 y 98 de la Carta Política de 1991, definen los conceptos de Nacionalidad y Ciudadanía respectivamente, determinando las condiciones necesarias que debe reunir un individuo para considerarse como tal en Colombia. Así las cosas, sobre la **Nacionalidad**, la Constitución establece que se considerará bajo este concepto el individuo que reúna las siguientes calidades:

i. Por nacimiento:

- Ser *natural*⁸ de Colombia teniendo padres nacionales o naturales Colombianos, o siendo hijo de padres extranjeros, si uno de ellos se encuentra domiciliado dentro del territorio al momento del nacimiento.
- Ser hijo de padres Colombianos aun cuando se haya nacido en el extranjero, siempre y cuando se domiciliaré dentro del territorio nacional o si el registro se efectúa en oficina consular Colombiana instalada en territorio extranjero.

ii. Por adopción:

- Siendo **extranjero**, solicitar y obtener la carta de naturalización⁹, teniendo en cuenta las exigencias de ley (Ley 43 de 1993).
- Ser Latinoamericano o del Caribe y domiciliado en Colombia, cuando se solicite inscripción en la municipalidad donde se establezca, en virtud del *principio de reciprocidad*.
- Ser miembro de una comunidad indígena establecida en territorio

⁸ Ley 43 de 1993, Artículo 2° “Son naturales de Colombia los nacidos dentro de los límites del territorio nacional...o en aquellos lugares del exterior asimilados al territorio nacional según lo dispuesto en tratados internacionales o la costumbre internacional”.

⁹ Ley 43 de 1993, Artículo 4° “La naturalización es un acto soberano y discrecional del Presidente de la República, en virtud del cual se concede la nacionalidad colombiana a quienes la solicitan y cumplan con los requisitos que para tal efecto disponen la Constitución Política y las leyes”.

fronterizo, por aplicación del principio de reciprocidad.

Según lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-1259 de 2001, la nacionalidad es definida como *“la relación existente entre un Estado y el elemento humano que lo integra. Constituye un vínculo que une a una persona con el Estado y tiene múltiples implicaciones pues recoge una serie de elementos que identifican a una comunidad, permite participar en la participación y control de los poderes públicos y genera derechos y deberes correlativos. De ese modo, el elemento humano del Estado son sus nacionales”* (Corte Constitucional, 2001).

Sobre los **extranjeros**, la Corte Constitucional en Sentencia C-1259 de 2001 ha establecido que dicha calidad la ostentan todos los habitantes del territorio que tienen un vínculo natural con una nación diferente a la nuestra, a saber: *“...de la población de un Estado también hacen parte los no nacionales, esto es, los extranjeros, aquellas personas que mantienen un vínculo de esa naturaleza pero no con el Estado en que se encuentran sino con uno diferente”*.

6.2. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA: DERECHO A LA IGUALDAD

Como fuentes esenciales de los derechos de los extranjeros en Colombia se pueden mencionar las siguientes: La Constitución Política, la Ley y los Tratados Internacionales que han sido confirmados por el Estado. Es necesario tener en cuenta que el artículo 93 de la Constitución, establece que los tratados y convenios Internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos prevalecen en el orden jurídico interno.

Según lo dispuesto por la Carta Política en su artículo 100, en Colombia los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles y garantías que se conceden a los nacionales, siendo posible su reserva sólo en casos determinados por razones de **orden público**.

Sobre este punto en particular, en Sentencia T-215 de 1996, la Corte Constitucional emitió ciertas consideraciones relacionadas con el artículo 100 donde se enuncian los derechos y garantías generales de los extranjeros no residentes en Colombia, a saber: *“dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residentes en el territorio de la República”*.

en Sentencia C-123 de 2011 (Corte Constitucional, 2011) se establece que para efectuar limitaciones sobre los derechos de extranjeros, será necesario aplicar un **juicio de igualdad** con el fin de determinar si es procedente o no la medida. Para ello debe verificarse si la restricción impuesta recae sobre un derecho fundamental, así como el ámbito en el que se establece la misma, tomando como referencia los eventos en los cuales es posible aplicar un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros y, por último, la intensidad de la restricción.

A su vez, el artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho a la igualdad, otorga protección particular a los extranjeros al proscribir cualquier tipo de trato discriminatorio por razones de origen nacional.

En términos generales, los extranjeros gozan de todos los derechos fundamentales recogidos en la Carta, a saber: Derecho a la vida (art. 11), derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), derecho a la Libertad (art. 28), derecho al debido proceso (art.29), etc. Lo anterior, con sustento esencial en lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según lo dispuesto por la Corte Constitucional el Legislador no podrá restringir derechos fundamentales a extranjeros, a saber: *“...en ningún caso el Legislador está habilitado y mucho menos la autoridad administrativa...para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así ellos se encuentren en*

condiciones de permanencia irregular” (Corte Constitucional, 2003).

Además de derechos, la Carta Política impone a los extranjeros ciertos deberes relacionados con el respeto por la Constitución, las Leyes y las autoridades (artículo 4).

Como restricción particular, el artículo 100 de la Carta reserva los derechos políticos a los nacionales, concediendo el derecho al voto a extranjeros en elecciones y consultas populares de carácter municipal y distrital. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-834 de 2007 ha afirmado que *“la reserva de titularidad de los derechos políticos para los nacionales tiene su fundamento en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar su ejercicio, situación que está en concordancia con el artículo 9 de la Carta, que prescribe que las relaciones exteriores del Estado Colombiano deben cimentarse en la soberanía nacional”* (Corte Constitucional, 2007).

6.2.1. CRITERIOS PARA ESTABLECER TRATO DIFERENCIADO A EXTRANJEROS EN COLOMBIA.

La Corte Constitucional en Sentencia C-913 de 2003 ha establecido los criterios que se deben tener en cuenta para aplicar un trato diferenciado a extranjeros, con respecto a los nacionales, tomando como referencia los siguientes puntos a examinar:

- I.* Si el objeto regulado permite realizar tales distinciones: Al respecto, la misma corporación estableció que *“las autoridades...habrán de determinar en primera instancia, cuál es el ámbito en que se establece la regulación, con el objeto de establecer si este permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y nacionales”*. (Corte Constitucional, 1998). En términos generales, las distinciones efectuadas deberán sustentarse en razones de

orden público como lo establece la Carta Política en su artículo 100.

- II. La clase de derecho que se encuentre comprometido
- III. Carácter objetivo y razonable de la medida: Según la Corte Constitucional, toda medida que afecte derechos debe atender a los principios de proporcionalidad, finalidad y necesidad. (Corte Constitucional, 1994).
- IV. La no afectación de derechos fundamentales
- V. La no violación de normas internacionales
- VI. Las particularidades del caso concreto

Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional ha desarrollado la igualdad como principio general del Estado en sus actuaciones, sin que ello implique que no sea posible tener un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, esto es: *“la obligación del Estado de tratar a todos en igualdad de condiciones...no significa que no se puedan formular diferenciaciones en el momento de regular distintos ámbitos en los que se desarrolla la convivencia, sino que opera la manera de un principio general del Estado, que implica que siempre debe existir una justificación razonable para el establecimiento de tratos diferenciados”*. (Corte Constitucional, 1998).

Al respecto, Robert Alexy manifiesta que el mandato de igualdad en la formulación del derecho exige que todos sean tratados igual por el Legislador, situación que *“no puede significar ni que el Legislador tiene que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en las mismas situaciones fácticas”*. (Alexy, 1993).

6.3. APLICACIÓN DEL JUICIO DE IGUALDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Considerando que de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional *“la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho*

fundamental” (Corte Constitucional, 2010), en distintos apartes de la Carta Política se encuentra invocada como pilar esencial de diversas normas allí expresadas. En particular, el artículo 13 se configura como fuente principal de este mandato que carece de contenido material específico (Corte Constitucional, 2010), considerando que no regula una esfera particular del ser humano, siendo posible su aplicación en cualquier situación en la que se presente un trato desigual injustificado. En consecuencia de lo anterior, no se especifica de forma clara cuándo un trato es discriminatorio, este fenómeno se conoce como *indeterminación*. Según Carlos Bernal, la indeterminación consiste en que *“los enunciados no especifican qué medios están prohibidos por la Constitución, cuáles son obligatorios o meramente posibles, para que el Estado promueva igualdad real entre los grupos sociales y proteja a los favorecidos”*. (Bernal, 2002).

Como resultado de la consideración de la igualdad como un principio, se originan una serie de mandatos que la Corte Constitucional ha enunciado de esta manera:

- I. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas
- II. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparen ningún elemento en común
- III. Un mandato de trato *paritario* a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias
- IV. Un mandato de trato *diferenciado* a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. (Corte Constitucional, 2012).

A partir de lo anterior, surge titularidad del derecho a la igualdad de aquellos individuos a quienes se les impone un trato diferenciado no justificado en alguna de las razones aquí enumeradas, surgiendo de esta forma la dimensión subjetiva

de este derecho. Según Néstor Osuna, *los mandatos de igualdad tienen una dimensión subjetiva, el derecho a la igualdad*. (Osuna, 1997).

Es importante resaltar que el trato diferenciado debe ser *injustificado*, no siendo posible catalogar de esta forma a las medidas que se tomen frente a un individuo cuyas circunstancias puedan adecuarse a los mandatos 2 y 3 de trato diferenciado, si se tiene en cuenta un principio fundamental establecido por Aristóteles de la siguiente forma: *“Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”*. (Aristóteles, 1931)

Adicionalmente, es necesario considerar lo enunciado por Robert Alexy en cuanto al mandato de igualdad: *“la igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría...a normas no funcionales, disparatadas e injustas”*. (Alexy, 1993).

De tal suerte que resulta indispensable reconocer las condiciones en las que se encuentran los diferentes destinatarios del derecho para aplicar el principio de igualdad de forma equitativa.

Como ejercicio de comparación para determinar si existe o no un trato diferencial injustificado, se debe efectuar un examen de relación entre dos situaciones o regímenes jurídicos, para verificar si en un caso concreto la aplicación de las normas de uno de ellos afecta derechos de sujetos cobijados por el régimen ubicado en el otro extremo de la relación. A saber: *“por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación”*. (Corte Constitucional, 2010).

Se trata de efectuar una relación entre ambos regímenes, con el propósito de determinar los supuestos fácticos que enmarcan la comparación para establecer el grado de igualdad y desigualdad. En términos de R. Alexy, tomando como

referencia las fórmulas del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, se debe realizar una *valoración* como juicio para aplicar la máxima de igualdad, mediante la observancia de dos criterios básicos de interpretación: 1). Existencia de un par de comparación, 2). Prohibición general de arbitrariedad.

En Colombia, la Corte Constitucional con el fin de ponderar principios enfrentados de dos regímenes jurídicos diferentes, emplea distintos métodos para garantizar el derecho a la igualdad de los sujetos. En Sentencia C-093 de 2001, se establecieron los siguientes enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad:

- I. Juicio de Proporcionalidad
- II. Test de Igualdad
- III. Juicio Integrado de Igualdad

La aplicación del principio de ponderación resulta indispensable para el desarrollo de la valoración. A través de la aplicación del mencionado principio, “*se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados*”. (Corte Constitucional, 1995).

A continuación realizaremos algunas precisiones acerca de la metodología empleada por la Corte Constitucional para efectuar ponderación de derechos fundamentales en caso de colisión¹⁰, para luego aplicar el test de igualdad en el caso concreto, tomando como pares de comparación el régimen jurídico de los nacionales y extranjeros residentes, frente al régimen propio de los extranjeros no residentes en materia de trasplantes, teniendo en cuenta las consideraciones planteadas en Sentencia T-1088 de 2012.

¹⁰ La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. La palabra ponderación deriva del latín *pondus* que significa peso...cuando el juez o fiscal pondera, su función consiste en en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. (Bernal, 2005).

6.3.1. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Desarrollado ampliamente por la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Federal de Alemania y el Tribunal Constitucional de España, el juicio de proporcionalidad ha sido empleado por la Corte Constitucional en Colombia como mecanismo para resolver colisión de derechos fundamentales, resumiendo sus fases de la siguiente manera (Corte Constitucional, 2001):

I. Sub principio de adecuación o idoneidad

Análisis del juez para establecer si la medida resulta o no *adecuada*, en términos de *idoneidad* para alcanzar un fin constitucionalmente válido. La adecuación o idoneidad, se consagra como un subprincipio que alimenta el ejercicio de proporcionalidad del juez con el propósito de comprobar la *licitud en la intervención de un derecho fundamental*. (Sánchez, 2007). Como consecuencia de lo anterior, la medida legislativa debe tener un fin legítimo y debe ser objetivamente idónea para realizarlo, lo que implica satisfacción del fin que persigue por ser su consecuencia natural. (Sánchez, 2007).

El *fin legítimo* debe entenderse como medio para atender un principio reconocido por la Constitución en la búsqueda de la satisfacción del *interés público*. Sobre este punto en particular, Rubén Sánchez afirma que “*el principio constitucional que funde una intervención en los derechos fundamentales, debe referirse a un interés de la sociedad...la justificación y legitimación de toda actividad estatal, que desde luego incluye la actividad legislativa, se funda en la consecución del bien común de todos los integrantes de la sociedad*”. (Sánchez, 2007).

II. Sub principio de necesidad

Examen para definir si el trato diferente es o no *necesario* o *indispensable*, situación que implica verificar si existe una medida menos onerosa a través de la cual sea posible la satisfacción del fin perseguido. Aunque dentro del abanico de posibilidades jurídicas pueden presentarse medidas adicionales que permitan el cumplimiento del fin, se debe acreditar que la elegida es la menos gravosa en términos de afectación a derechos fundamentales. De

no demostrarse lo anterior, la medida tendría carácter ilegítimo, A saber: “*la medida en cuestión será ilegítima porque intervendría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria, porque existe alguna alternativa menos perjudicial para él, con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone*”. (Sánchez, 2007).

III. Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Aplicado para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales de mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. El sub principio de incluye un ejercicio de ponderación de derechos, la realización de un análisis normativo y la verificación del grado de intensidad en el ámbito de intervención¹¹ del derecho fundamental.

6.3.2. TEST DE IGUALDAD

De corriente anglosajona y con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (Corte Constitucional, 2001), el test de igualdad consiste en la revisión del juez para la valoración de derechos en colisión través de la aplicación de unos escrutinios de igualdad que pueden ser estrictos, intermedios o suaves.

En Colombia, el test de igualdad es desarrollado por la Corte Constitucional en Sentencia C-093 de 2001. En términos de Bernal Pulido, *se trata de una escala de intensidades para la aplicación del principio de igualdad*. A continuación revisaremos las condiciones bajo las cuales se presentan los mencionados escrutinios o tests:

- **Escrutinio débil:** Según la Corte Constitucional, *cuando el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento*.

De tal suerte que la aplicación de un trato diferenciado será inconstitucional,

¹¹ Un aspecto esencial en la ponderación es determinar los aspectos de un derecho fundamental afectado por una intervención legislativa, o sea cuál es “la parte del ámbito normativo afectado”. Mientras mayor sea la porción de situaciones fácticas amparada por un derecho fundamental afectado por una medida legislativa, más intensa será la intervención en él; viceversa, de mayor intensidad será el beneficio que obtenga el interés opuesto si, al restringir un derecho fundamental, se satisface un mayor número de situaciones a su respecto. (Bernal, 2003).

siempre que el fin perseguido con la medida no esté permitido por el ordenamiento jurídico o si con ella no se cumple a cabalidad el mencionado fin. A saber: *El escrutinio débil consta de dos exigencias: a). que el trato tenga un objetivo legítimo, b). que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, una diferenciación es inconstitucional, si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo.* (Bernal, 2002).

- **Escrutinio estricto:** *Cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso* (Corte Constitucional, 2001). El escrutinio estricto es aplicado en caso de presentarse criterios sospechosos que puedan generar la aparición de tratos diferenciados, entre ellos encontramos aquellos que restringen derechos fundamentales y aquellos que afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales en condición de debilidad manifiesta (Bernal, 2002). Según lo enunciado por la Corte Constitucional, *“entre los criterios sospechosos mencionados en el inciso 1º del artículo 13 se encuentra el del origen nacional. Este criterio también incluye los extranjeros”.* (Corte Constitucional, 2012).

Por la naturaleza estricta del escrutinio, es necesario tener en cuenta que el objetivo *debe* ser imperioso¹², no basta con que simplemente sea legítimo. Por otro lado, la medida necesaria, esto es, indispensable más allá de su carácter adecuado para alcanzar el fin constitucional perseguido. Según Bernal, *la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea.*

El Caso Concreto.

Siguiendo las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en Sentencia T-1088 de 2012, se debe aplicar un test de igualdad de intensidad estricta o intermedia, teniendo en cuenta la existencia de un criterio sospechoso enunciado

¹² Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: Necesario, urgente, tarea o necesidad imperiosa.

por el artículo 13 de la Carta Política y que se traduce en el “*origen nacional*” como se mencionó con precedencia, razón por la cual deberá determinarse el objeto sobre el cual recae el trato diferenciado para verificar si se vulnera el derecho a la igualdad de un extranjero no residente mediante la aplicación del artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 en materia de trasplante. En consonancia con lo anterior, analizaremos el trato diferenciado tomando como referencia los pasos establecidos por la Corte Constitucional:

a. La limitación: *Artículo 40. Prestación de servicios de trasplante o implante a extranjeros no residentes en Colombia. 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, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención.*

La Institución Prestadora de Servicio de Salud para realizar el procedimiento de trasplante o implante a un extranjero no residente en Colombia, deberá solicitar la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente. La certificación deberá emitirse de forma inmediata por parte de la Coordinación Regional.

b. Determinación de la razonabilidad de la medida: en términos de legitimidad y adecuación a la Carta Política.

I. Diferencia en los supuestos de hecho: Pares de comparación

Régimen de nacionales y extranjeros residentes: Recordemos que como regla general, se establece la prestación de servicios de trasplante de

órganos para nacionales y extranjeros residentes en el territorio, en defensa de su titularidad del derecho a la salud teniendo en cuenta la lógica expuesta en el numeral 3.5.1. (Protección general del Estado, protección del derecho fundamental a la vida, la salud como un servicio público, etc.)

Régimen de extranjeros no residentes: Prestación condicionada del servicio de trasplantes de órganos a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera. Imposibilidad de traslado de componentes anatómicos o pacientes de una región a otra. Dicho régimen fue analizado en el numeral 3.5.2.

Con base en lo anterior, se restringe el derecho a la igualdad de extranjeros no residentes en Colombia en materia de prestación de servicios de trasplante de órganos.

II. **Justificación de la diferencia de trato: fin constitucional legítimo**

La Corte Constitucional enuncia la existencia de algunos artículos de la Carta Política que otorgan protección especial a nacionales y extranjeros residentes en Colombia, siendo justificación inicial de la medida que impone la diferencia de trato:

- **Art. 2:** Mencionado con anterioridad, impone como fin del Estado la obligación que tienen las autoridades de proteger a todas las personas residentes en el territorio nacional en su vida, honra y bienes. De esta norma es necesario resaltar el término “*residente*”.
- **Art. 48:** Considerado como el Estatuto de la Seguridad social, consagra la obligación del Estado de garantizar el derecho a la seguridad social de todos los “*habitantes*”.
- **Art. 100:** Derechos de extranjeros en Colombia. Se debe tener en cuenta que los extranjeros tienen bajo su cabeza la responsabilidad de atender los deberes y obligaciones establecidos por la Carta Política en su artículo 4. (Corte Constitucional, 2012). Sin embargo, el cumplimiento de deberes de extranjeros no residentes es de carácter temporal, considerando que su permanencia dentro del territorio es limitada.

Como consecuencia de lo anterior, las cargas en materia de deberes y obligaciones son **diferentes** entre residentes (nacionales, extranjeros) y extranjeros no residentes por causa de la temporalidad que define la intención de permanencia de cada uno. A saber: *“Si bien todos pueden requerir un trasplante de componente anatómico, solo los nacionales y extranjeros residentes deben cumplir permanentemente con los deberes que les impone la Constitución Política de 1991 y la ley, lo que les permite exigir del Estado Colombiano la garantía de sus derechos fundamentales, mientras que los extranjeros no residentes, en razón a su corta permanencia en el país, por ejemplo, no contribuyen con el sostenimiento del sistema de seguridad social, entre otras obligaciones”*.

Adicionalmente, el principio de solidaridad del Estado solo se predica con respecto a los habitantes que se encuentran dentro del territorio nacional y sólo activa frente a extranjeros no residentes en eventos excepcionales e imprevistos, pues tal responsabilidad recae sobre el Estado del cual es originario, máxime si se tiene en cuenta que *“el paciente no puede elegir el país al cual desea imponerle la carga de su enfermedad”*.

De tal suerte, que dicha diferencia se configura como justificación razonable para restringir el derecho a la igualdad de un extranjero no residente que pretenda acceder a los servicios de trasplante de componentes anatómicos.

Según la Corte Constitucional *“el tratamiento diferenciado consagrado en la referida normatividad, es legítimo, en la medida en que busca garantizar los derechos fundamentales de los pacientes nacionales y extranjeros residentes que se encuentran en las listas de espera y, a su vez, pretende desincentivar el turismo de trasplante en el país”*. (Corte Constitucional, 2012).

III. Validez Constitucional del fin perseguido.

Determinada por las normas enunciadas previamente y por la protección especial de la que son sujetos los nacionales y extranjeros no residentes en virtud de su condición de habitantes del territorio nacional.

IV. La Eficacia de la relación entre los supuestos de hecho, la norma y el fin

De acuerdo a lo evidenciado en las estadísticas presentadas por el Instituto Nacional de Salud, la medida es eficaz toda vez que “*el número de trasplantes realizados a extranjeros no residentes en el país “ha venido disminuyendo en los últimos seis años, lo que es atribuible...al cumplimiento de la normatividad vigente”*. (Corte Constitucional, 2012).

6.4. TERCER DERECHO DE NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES IMPLICADO:

Teniendo en cuenta la lógica expuesta con anterioridad y el fallo de Nulidad del Consejo de Estado frente a la norma enunciada (CASO SENTENCA RAD 0012100), es posible afirmar que el ***Derecho a la Igualdad*** de nacionales y extranjeros residentes se ve afectado cuando mediante acción de tutela se concede la prestación de servicios de trasplante desconociendo la restricción impuesta por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 por las razones que se exponen a continuación:

- I. Si se toma en consideración que, de acuerdo a lo enunciado por la Corte Constitucional, las cargas en materia de deberes y obligaciones entre nacionales y extranjeros residentes con respecto a extranjeros no residentes son mayores en virtud de la temporalidad que define su permanencia en el territorio.
En particular, la contribución al sostenimiento del sistema de seguridad social es limitada en el caso de los extranjeros no residentes.
- II. En virtud de la configuración eventual del principio de solidaridad del Estado Colombiano frente a extranjeros no residentes, hecho que se presenta de forma excepcional en situaciones imprevistas e irresistibles ya que dicha obligación es propio del Estado de origen del paciente.
- III. Por omitir la exposición del Consejo de Estado referente a la legalidad del artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, entidad que manifiesta que la

mencionada norma en vez de desconocer los derechos de los extranjeros no residentes en Colombia, los protege y ofrece un apoyo humanitario a las personas de esta condición, al permitirles ingresar al territorio con la finalidad de adquirir un componente anatómico cuando no cuentan con otros medios diferentes para proteger sus derechos fundamentales vulnerados, a saber: “la norma acusada en vez de discriminar a los extranjeros no residentes en Colombia y de desconocerles o limitarles el derecho que tienen de convertirse en receptores de un componente anatómico, produce un efecto radicalmente distinto, al permitir que tales personas tengan la posibilidad de recibir el trasplante de órgano o tejido humano que requieren para la recuperación o restablecimiento de su salud”. (Consejo de Estado, 2010).

El Consejo afirma que la restricción impuesta por el artículo demandado resulta una “medida totalmente razonable y comprensible” que permite la garantía de la prestación de servicios de trasplante de un modo justo mediante la aplicación del sistema de turnos como mecanismo de defensa del derecho a la igualdad.

Sobre este punto en particular la Corporación afirmó: “es indispensable organizar “listas de espera”, que tengan en cuenta, por una parte, la urgencia vital con que se requiera el procedimiento, y, por otra, el orden cronológico de inscripción en la lista, con lo cual se está estableciendo una relativa equidad, y todas las personas quedan en igualdad de condiciones...lo fundamental es mantener, en todo caso, la posibilidad de acceso a los trasplantes para toda persona que los necesite, sin más limitaciones que la disponibilidad de órganos y tejidos y la histocompatibilidad científica previamente demostrada”.

CONCLUSIONES

1. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE EXTRANJEROS EN MATERIA DE TRASPLANTE DE ÓRGANOS

Los derechos a la Salud y a la Vida

Los extranjeros no residentes en Colombia, serán titulares de los derechos a la salud y a la vida en materia de trasplantes en los siguientes términos:

a). En aquellos eventos en los que no existan nacionales ni extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, considerando lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 y el análisis expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T- 1088 de 2012.

b). Cuando se demuestra que, aunque existan nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, no se cuenta con la capacidad logística para trasladar el paciente o el componente anatómico disponible de una región a otra.

c). Teniendo en cuenta la prevalencia del criterio médico científico que determine estado de enfermedad de carácter “cero”, razón por la que el trasplante requerido se configure como único tratamiento posible para lograr el restablecimiento de la salud del paciente, tomando como referencia lo enunciado por la Corte en Sentencia T-269 de 2008. Debemos recordar que, con el fin de proteger el derecho fundamental a la vida digna se debe tener en cuenta el criterio manifestado por un médico según lo establecido por el Consejo de Estado, a saber: *“en principio, ningún ser humano es más importante que otro, y por ello, frente a peligros graves para la salud o la vida no es lícito establecer a priori discriminaciones basadas en el origen nacional...así las cosas, la histocompatibilidad de las células, los órganos y los tejidos, y la urgencia de su trasplante, deben ser los únicos criterios que se deben tener en cuenta en el momento de escoger el receptor de un componente anatómico de tal naturaleza”*. (Consejo de Estado, 2010).

- d). En situaciones donde el paciente con calidad de extranjero no residente pueda demostrar que en su país de origen no se cuenta con las condiciones logísticas y el desarrollo científico suficiente para efectuar el procedimiento de trasplante requerido.
- e). Al ingresar en lista de espera regional o nacional, tomando como referencia lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004

Derecho a la Igualdad

Es importante tener en cuenta que la Constitución Política de 1991 ubica en un plano de igualdad a nacionales y extranjeros, no siendo posible discriminarlos por razones de origen nacional de acuerdo a lo estipulado en el artículo 13. No obstante, el trato diferenciado que se aplica en virtud del artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 a extranjeros no residentes en Colombia que solicitan un componente anatómico, tiene fundamento jurídico en las condiciones desiguales que se presentan entre unos y otros en materia de cumplimiento de deberes con el Estado. Por lo anterior, la Corte en Sentencia T-1088 de 2012, determinó que el derecho a la igualdad de extranjeros no residentes no es vulnerado por la mencionada disposición, considerando que el carácter temporal de la permanencia dentro del territorio provoca que el cumplimiento de deberes sea limitado, máxime en temas relacionados con las contribuciones realizadas al sistema general de seguridad social, por tratarse de individuos que se encuentran de forma transitoria en nuestro país, a diferencia del cumplimiento de deberes por parte de nacionales y extranjeros residentes que debe ser permanente, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 95 de la Carta Política.

Por lo tanto, los extranjeros no residentes serán titulares del derecho a la igualdad al ingresar en lista de espera, no siendo posible que las solicitudes presentadas con posterioridad, aun cuando sean elaboradas por un nacional o extranjero residente, reciban un trato preferente rompiendo el principio de igualdad que rige la prestación de los servicios de trasplante regulados a través de dicho

mecanismo, siempre teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, sin que ello implique el desconocimiento de sus derechos fundamentales.

2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE TRASPLANTE

Tomando como referencia los casos ya citados, podemos afirmar que la acción de tutela interpuesta por un extranjero *no residente* en Colombia para acceder a los servicios de trasplante es procedente, sin afectar derechos de nacionales y extranjeros residentes en Colombia en los siguientes términos:

- a) Dispone el artículo 86 superior que “*toda persona*” podrá interponer acción de tutela, como mecanismo de defensa para el reconocimiento de derechos catalogados como constitucionales fundamentales. En consonancia con lo manifestado en el capítulo No. 5 y la normatividad invocada, un extranjero aunque no sea residente, podrá ejercer dicho mecanismo para solicitar de las autoridades la protección de sus derechos cuando considere que los mismos están siendo vulnerados dentro del territorio nacional, en consideración de la naturaleza *universal* que los caracteriza, teniendo en cuenta que se encuentran incorporados en los diferentes tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia y que son parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del bloque de constitucionalidad. Sobre el particular, los derechos de esta categoría que pueden llegar a ser amparados por vía de acción de tutela son la vida (art. 11 C.P.), la igualdad (art. 13 C.P.) y la salud (art. 49 C.P.), **arguyendo a la importancia del trasplante de órganos como único tratamiento terapéutico que puede llegar a salvar la vida de un individuo en determinados casos.**

En atención a lo enunciado por la Corte Constitucional referente a las esferas del derecho a la salud en materia de trasplantes, deberá invocarse

el derecho a la salud para la obtención de un trasplante de órganos en su esfera directa, cuando se trate de aquellos trasplantes que se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud vigente y, de tratarse de aquellos que no se encuentran autorizados, será necesario invocar la esfera de conexidad con el derecho a la vida, con el fin de proteger ambos derechos por el vínculo inescindible que existe entre uno y otro.

- b) Adicional a lo anterior y teniendo en cuenta la restricción impuesta por el Decreto 2493 de 2004, será necesaria la demostración de un estado avanzado de la enfermedad catalogado en grado “cero” (Corte Constitucional, 2012), para acceder a los servicios de trasplante **priorizando** el orden en la lista de espera, aun cuando se encuentren nacionales o extranjeros residentes como posibles receptores de un componente anatómico. De lo contrario, el extranjero no residente podrá ser catalogado como un paciente “electivo” cuyo estado de salud no presenta el mismo grado de complejidad de otros pacientes que ya se encuentran en la mencionada lista, sin que esto implique el desconocimiento de sus derechos fundamentales. Es importante resaltar la expresión “priorizar” utilizada por la Corte Constitucional en la mencionada jurisprudencia, considerando la regla establecida por dicha corporación en Sentencia T-269 de 2008, referente a la limitación que tienen los jueces de la República para alterar el orden que se encuentra establecido en la lista de espera, encaminada a la protección de los i derechos de nacionales y extranjeros residentes en el territorio que también requieren de un trasplante de componente anatómico como tratamiento esencial para mejorar su calidad de vida.
- c) Se deberá demostrar bajo la **primacía del criterio médico científico** la “urgencia” del trasplante requerido, para solicitar la autorización de la alteración del sistema de turnos ideado para la racionalización del servicio, tomando como referencia lo dispuesto por la Corte Constitucional en

Sentencia T-269 de 2008. Lo anterior, no afecta derechos fundamentales si se considera que más allá de lo establecido en la normatividad vigente se debe contemplar el dictamen médico que determina el estado crítico del paciente que requiere del mencionado tratamiento y cuyo cuadro de gravedad es superior, en términos clínicos, con respecto a los demás pacientes que se encuentran en lista de espera aunque se trate de nacionales o extranjeros residentes. Esto implica la aplicación de un criterio netamente objetivo basado en la demostración científica.

- d) Adicionalmente, es necesario tener en cuenta la regla establecida por la Corte Constitucional en Sentencia T-111 de 2010 donde se manifiesta lo siguiente: *“Los criterios para la asignación de componentes anatómicos se adecuan a un proceso de selección razonable, puesto que se realiza una evaluación del estado de salud del paciente, **la gravedad de la enfermedad**, la compatibilidad con el órgano teniendo en cuenta entre otros factores, el grupo sanguíneo, la edad, el peso, etc”*. Esto propende el respeto de derechos fundamentales de nacionales y extranjeros residentes, al tener en cuenta factores de carácter clínico.

- e) Con el objetivo de proteger los derechos fundamentales constitucionales de nacionales y extranjeros residentes en Colombia, el accionante deberá demostrar que su país *no* cuenta con los recursos tecnológicos necesarios ni las garantías requeridas para someterse a un trasplante de órganos. Esto teniendo en cuenta que de acuerdo a lo establecido por la Declaración de Estambul, ratificada por Colombia, todos los Estados deben adelantar programas para combatir la insuficiencia orgánica con el fin de evitar el turismo y tráfico de órganos. Recordemos que el Decreto 2493 de 2004 contempla la posibilidad de otorgar la prestación de servicios de trasplante para extranjeros no residentes en el territorio que, tal como lo enunció el Consejo de Estado en la jurisprudencia analizada, resulta una práctica beneficiosa para aquellos individuos de otras nacionalidades que tengan la

posibilidad de visitar nuestro país con el fin de acceder a los servicios de trasplante de órganos para el restablecimiento de su salud, sin incurrir en el mencionado “*turismo de órganos*”, al no otorgarles un trato preferente respecto a los nacionales Colombianos y a aquellos extranjeros que son residentes.

- f) Así mismo, de acuerdo a lo mencionado en Sentencia T-269 de 2008, se debe considerar que todos los pacientes que se encuentran en lista de espera están *en igualdad de condiciones para recibir un órgano...los jueces de tutela no pueden ordenar trasplantes de órganos en términos perentorios, por cuanto afectaría a otros pacientes que se encuentran en la misma situación y se desconocerían los criterios médicos y prioritarios determinados para este tipo de cirugías*”. En particular, los jueces no podrán alterar el orden de la lista de espera en virtud de la protección de derechos fundamentales de extranjeros que no residen en el territorio, considerando que, como se enunció con precedencia, sólo es posible *priorizar* dicho orden si se contemplan los requisitos anteriormente mencionados.
- g) Por último, será indispensable tener en cuenta que la medida impuesta por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, tiene como objetivo esencial la protección de derechos fundamentales constitucionales no sólo de nacionales y extranjeros residentes en Colombia, sino también de aquellos extranjeros no residentes al brindarles la posibilidad de acceder a los servicios de trasplante, considerando lo dispuesto por el Consejo de Estado en el fallo de legalidad anteriormente citado.

3. DERECHOS DE NACIONALES Y EXTRANJEROS RESIDENTES IMPLICADOS

De no tener en cuenta lo señalado, se desconocerían los **derechos a la vida, a la salud y a la igualdad** de nacionales y extranjeros residentes en Colombia, considerando que los pacientes de esta condición que se encuentran en lista de espera, deben gozar de una protección especial por su calidad de nacionales (nacionalidad natural o adquirida) al recordar lo establecido por la Carta Política en su artículo 2, cuando se instauro como uno de los fines esenciales del Estado la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger a todas las personas **residentes** en Colombia, **en su vida**, honra, bienes, creencias, y demás **derechos** y libertades, máxime cuando se tiene en cuenta lo enunciado por el Consejo de Estado, respecto de la extensión del derecho a recibir componentes anatómicos con fines de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia, como una posibilidad *eventual* que se configura siempre y cuando no se encuentren en lista de espera nacionales o extranjeros residentes. Es necesario resaltar que el sistema de turnos, como ya se ha mencionado con precedencia, es un medio aplicado por el Legislador y para garantizar la racionalización del servicio de trasplantes en el territorio. Sobre este punto en particular, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente: *“Este mecanismo contribuye de manera justa y equitativa los conflictos que se originan en la concurrencia o colisión de derechos, garantizando la más absoluta imparcialidad en la atención de las solicitudes de quienes abrigan la esperanza de recuperar o restablecer su salud. En este sentido, el turno de inscripción otorga al interesado una prelación frente a las demás personas que hayan formulado su solicitud en fecha posterior y obliga al órgano competente a evacuar las solicitudes en forma cronológica”*. (Consejo de Estado, 2010)

El derecho a la vida y a la salud de nacionales y extranjeros residentes podrían ser vulnerados al otorgar componentes anatómicos a extranjeros no residentes, en aquellos casos en los cuales no se tome en cuenta el criterio médico científico ni el

sistema de asignación de turnos establecido por el Legislador y reafirmado a través de lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

Así mismo, el derecho a la igualdad también se verá afectado sino se contempla la mencionada restricción, traducida en el establecimiento del sistema de la lista de espera, situación que fue reafirmada por el Consejo de Estado así: *“el derecho del extranjero no residente en Colombia de convertirse en receptor de un componente anatómico con fines de trasplante, está condicionado a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, en el fondo no está disponiendo nada distinto a que debe respetarse el derecho de quienes previamente radicaron solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentado ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia.* (Consejo de Estado, 2010).

Adicionalmente, considerando la carga superior de deberes y obligaciones ante el Estado que tienen nacionales y extranjeros residentes en el territorio, así como la aplicación del deber de solidaridad en casos imprevistos e irresistibles para extranjeros no residentes, situaciones que reafirman la necesidad de imponer un trato diferenciado al último grupo, con el objetivo de proteger un fin constitucionalmente legítimo que se encuentra encaminado a la protección de los derechos de quienes de forma permanente conviven en Colombia y contribuyen a su desarrollo.

Considerando la restricción impuesta por el Decreto 2493 de 2004 en su artículo 40, extranjeros no residentes en Colombia que visitan nuestro país con el objetivo de someterse a la práctica de un trasplante de órganos, han empleado como mecanismo para la obtención de dichos servicios la acción de tutela argumentando la defensa del derecho a la salud considerado como fundamental por su conexidad natural con el derecho a la vida, afectando derechos a nacionales y extranjeros residentes en Colombia de acuerdo a la siguiente lógica:

Derecho a la vida: Derecho que debe ser entendido en términos de “*vida digna*”, situación que se traduce no en la mera existencia del individuo, sino en la reunión de todas aquellas condiciones necesarias para el disfrute adecuado de los derechos, con las garantías y obligaciones que ello implica. En materia de trasplante de órganos, sobre este derecho tienen titularidad los nacionales por el vínculo natural que los une con el Estado y los extranjeros residentes, en virtud de la protección especial consagrada por la Carta Política en su artículo 2 y que se materializa en la obligación del Estado de proteger a todo individuo residente en el territorio en su vida, honra y bienes. El juez de tutela no podrá alterar el orden establecido en la lista de espera, con el fin de proteger el derecho de un extranjero *no residente* en Colombia por encima del derecho a la vida de un nacional o extranjero residente, si se tiene en cuenta que éstos últimos también requieren dicho tratamiento como única alternativa viable para salvar su vida. Es importante recordar el caso No. 3 analizado durante el capítulo 4, donde manifiesta el Consejo de Estado que la prestación de servicios de trasplante para extranjeros no residentes es una *posibilidad eventual* que se podrá configurar siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, considerando que es fin del Estado la protección de todas las personas **residentes** en el territorio en su vida, honra y bienes.

No obstante, se debe enfatizar en que dicho orden podrá ser priorizado en virtud del criterio médico científico, el grado de urgencia (cero) o deterioro de la enfermedad, imposibilidad de recursos y tecnología para realizar el trasplante solicitado en el país de origen, situación en cual no se afectarán derechos de nacionales ni extranjeros residentes, por tratarse de un acto humanitario.

Derecho a la Salud: Al alterar el orden establecido en la lista de espera, se retrasa la posibilidad que tiene un nacional o extranjero residente en Colombia de recuperar o restablecer su salud.

Se debe tener en cuenta que, de acuerdo a lo enunciado por la Corte Constitucional “*el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser*

*humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y **de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.** Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento".* (Corte Constitucional, 2006).

Son titulares del derecho a la salud los nacionales y extranjeros residentes en los siguientes términos:

- Como destinatarios de protección permanente de las autoridades de la República en términos de derecho a la vida
- Entendiendo el derecho a la salud como servicio **público** a cargo del Estado.
- Contemplando el derecho a la salud como fundamental autónomo si se trata de un menor de edad o una persona de la tercera edad.
- Como destinatarios de los servicios de trasplante incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud
- Por criterio de conexidad con un derecho fundamental, en los casos en los que se trate de trasplantes no incluidos dentro del plan obligatorio de salud vigente como en el caso de los trasplantes de páncreas e intestino.
- En consonancia con las disposiciones del Decreto 2493 de 2004, mediante la observancia de los criterios médico científicos que determinan el orden de prelación establecido por la lista de espera de componentes anatómicos racionalizada a través del principio de igualdad.

Por lo tanto, al otorgar prioridad se desconoce el derecho a la salud de nacionales y extranjeros residentes, violación que se materializa en la inminencia del peligro que representa la enfermedad que padece un individuo que requiere un trasplante. De no recibir el tratamiento adecuado y dentro del tiempo indicado, su salud puede verse gravemente afectada poniendo en peligro su derecho a la vida. Es posible observar el derecho a la salud como garante mínimo para un desarrollo normal del derecho a la vida.

Derecho a la Igualdad: Según lo mencionado por el Consejo de Estado, el sistema de turnos se encuentra ideado como un mecanismo para lograr la racionalización del servicio en términos de equidad. A saber: *“el derecho del extranjero no residente en Colombia de convertirse en receptor de un componente anatómico con fines de trasplante, está condicionado a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, en el fondo no está disponiendo nada distinto a que debe respetarse el derecho de quienes previamente radicaron solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentado ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia”*. (Consejo de Estado, 2010).

Según el test de igualdad aplicado por la Corte Constitucional en Sentencia T-1088 de 2012, el Derecho a la Igualdad de nacionales y extranjeros residentes se ve afectado cuando mediante acción de tutela se concede la prestación de servicios de trasplante desconociendo la restricción impuesta por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, en primer lugar, por la diferencia en cuanto las cargas en materia de deberes y obligaciones entre nacionales y extranjeros residentes con respecto a extranjeros no residentes, siendo mayores para el primer grupo en virtud de la temporalidad que define su permanencia en el territorio. A saber: *“Si bien todos pueden requerir un trasplante de componente anatómico, solo los nacionales y extranjeros residentes deben cumplir permanentemente con los deberes que les impone la Constitución Política de 1991 y la ley, lo que les permite exigir del Estado Colombiano la garantía de sus derechos fundamentales, mientras que los extranjeros no residentes, en razón a su corta permanencia en el país, por ejemplo, no contribuyen con el sostenimiento del sistema de seguridad social, entre otras obligaciones”*. (Corte Constitucional, 2012).

En virtud de la configuración eventual del principio de solidaridad del Estado Colombiano frente a extranjeros no residentes, hecho que se presenta de forma excepcional en situaciones imprevistas e irresistibles ya que dicha obligación es propio del Estado de origen del paciente.

- **Justificación de la diferencia de trato: fin constitucional legítimo**

La Corte Constitucional enuncia la existencia de algunos artículos de la Carta Política que otorgan protección especial a nacionales y extranjeros residentes en Colombia, siendo justificación inicial de la medida que impone la diferencia de trato:

Art. 2: Obligación que tienen las autoridades de proteger a todas las personas residentes en el territorio nacional en su vida, honra y bienes.

Art. 48: Considerado como el Estatuto de la Seguridad social, consagra la obligación del Estado de garantizar el derecho a la seguridad social de todos los “*habitantes*”.

Art. 100: Derechos de extranjeros en Colombia. Se debe tener en cuenta que los extranjeros tienen bajo su cabeza la responsabilidad de atender los deberes y obligaciones establecidos por la Carta Política en su artículo 4. (Corte Constitucional, 2012). Sin embargo, el cumplimiento de deberes de extranjeros no residentes es de carácter temporal, considerando que su permanencia dentro del territorio es limitada.

De tal suerte, que dicha diferencia se configura como justificación razonable para restringir el derecho a la igualdad de un extranjero no residente que pretenda acceder a los servicios de trasplante de componentes anatómicos.

Por tal razón, resulta imperioso que los Jueces de la República otorguen un trato preferente, a los ciudadanos Colombianos y a los extranjeros residentes cuya salud, estado económico y orden en la lista de espera, puedan estar por encima de algunos extranjeros no residentes, a fin de evitar que nuestro país se convierta en sitio obligado de visita *únicamente* con el objetivo de obtener el beneficio de trasplante de órganos y componentes anatómicos y, de igual manera, cerrar la brecha a personas o instituciones que han venido lucrándose de esta práctica abominable que se traduce en el turismo y tráfico de órganos.

Anexos Capítulo No. 2

ANEXO 1. Estadísticas de la Defensoría del Pueblo. TUTELAS POR PRÓTESIS Y ÓRTESIS

Fuente: “LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD 2003 – 2005”.

La solicitud de prótesis y órtesis, con el 10,9% constituye la quinta causa más reiterada de interposición de acciones de tutelas. El 81,6% de las solicitudes está concentrado en las especialidades de ortopedia y traumatología, cardiología, oftalmología, otorrinolaringología y oncología. (Tabla N. 38).

TABLA N. 38

ESPECIALIDADES EN LAS QUE SE SOLICITAN PRÓTESIS Y ÓRTESIS	PERIODO							
	2003		2004		2005		Total	
	N tutelas	Part.	N tutelas	Part.	N tutelas	Part.	N tutelas	Part.
Ortopedia y traumatología	1.490	21,7%	2.330	23,8%	2.833	22,3%	6.653	22,7%
Cardiología	1.973	28,7%	1.951	19,9%	2.495	19,6%	6.419	21,9%
Oftalmología	882	12,9%	1.883	19,2%	2.200	17,3%	4.965	16,9%
Otorrinolaringología	1.125	16,4%	1.507	15,4%	1.728	13,6%	4.360	14,9%
Oncología	317	4,6%	475	4,9%	753	5,9%	1.545	5,3%
Neftrología	269	3,9%	157	1,6%	376	3,0%	802	2,7%
Endocrinología	147	2,1%	47	0,5%	606	4,8%	800	2,7%
Neurocirugía	172	2,5%	354	3,6%	141	1,1%	667	2,3%
Gastroenterología	50	0,7%	315	3,2%	283	2,2%	648	2,2%
Cirugía general	48	0,7%	251	2,6%	344	2,7%	643	2,2%
Vascular	73	1,1%	110	1,1%	199	1,6%	382	1,3%
Neurología	24	0,4%	55	0,6%	186	1,5%	265	0,9%
Cirugía plástica	98	1,4%	47	0,5%	104	0,8%	249	0,8%
Neumología	74	1,1%	51	0,5%	89	0,7%	214	0,7%
Multi	0	0,0%	106	1,1%	93	0,7%	199	0,7%
Urología	25	0,4%	94	1,0%	0	0,0%	119	0,4%
Odontología	0	0,0%	50	0,5%	47	0,4%	97	0,3%
Reumatología	0	0,0%	0	0,0%	93	0,7%	93	0,3%
Medicina interna	25	0,4%	0	0,0%	47	0,4%	72	0,2%
Gineco-obstetricia	24	0,4%	0	0,0%	47	0,4%	71	0,2%
VII / sida	0	0,0%	0	0,0%	43	0,3%	43	0,1%
Fisiatra	25	0,4%	0	0,0%	0	0,0%	25	0,1%
Genética	23	0,4%	0	0,0%	0	0,0%	23	0,1%
Total	6.864	100,0%	9.783	100,0%	12.707	100,0%	29.354	100,0%

Disponible en: <http://www.defensoria.org.co>

Anexos Capítulo 3

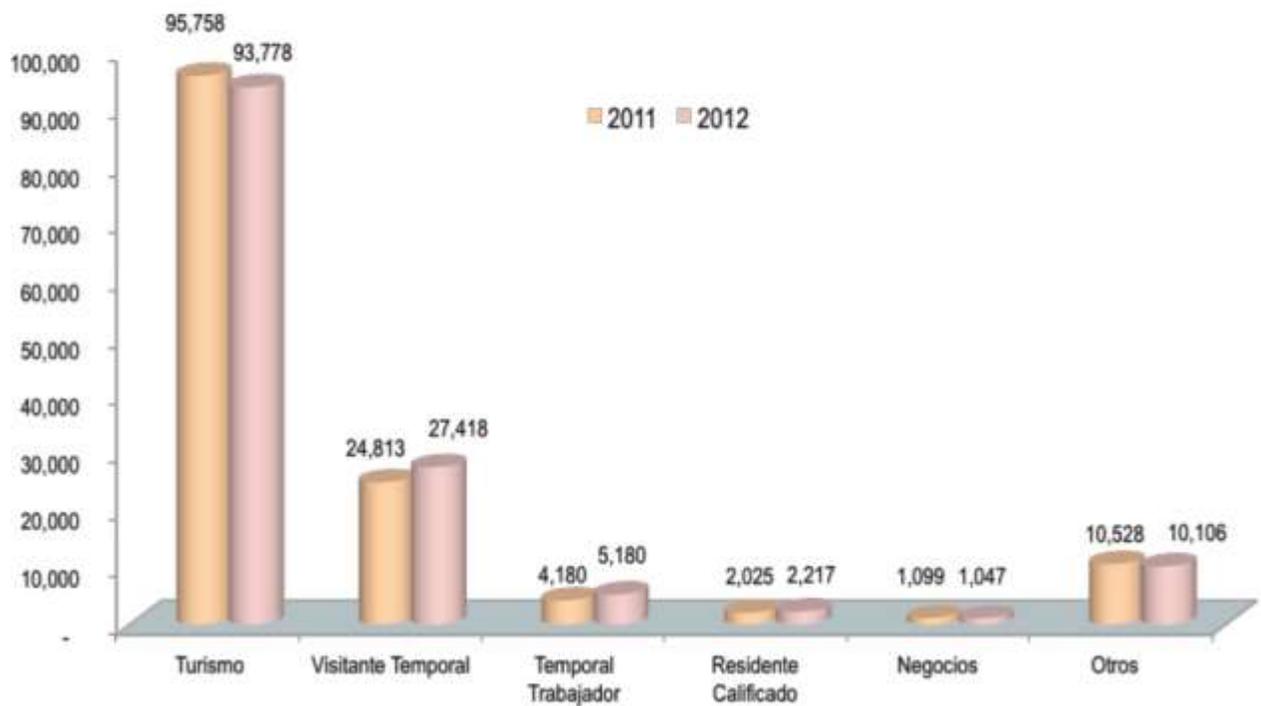
ANEXO 1. Categoría de Ingresos de extranjeros a Colombia Marzo 2011 – Marzo 2012. Boletín estadístico Migración Colombia.

Categoría de ingreso de extranjeros a Colombia

Marzo de 2011 – Marzo de 2012

Gráfica

5



Disponible en: www.migracioncolombia.gov.co

REFERENCIAS

Acuerdo 29 de 2011. (Comisión de Regulación en Salud). Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud. 28 de Diciembre de 2011. D.O.N. 48298.

Alexy, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993

Aristóteles. Ética Nicomaquea. Madrid: Casa Editorial Garnier Hermanos.

Bernal, C. El juicio de igualdad en la jurisprudencia Colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002

Bernal, C. El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2003

Bernal C. La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales - Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho. México: Universidad Autónoma de México. 2005

Brunicardi, C. 2010. Schwartz's Principles of Surgery. U.S.A.

Chinchilla, T. ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Editorial Temis. 2009

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts.74 y 75. Abril 15 de 1887

(Colombia). Consejo de Estado de Colombia. Radicación No. 11001 0324000 2006 00121 00. 8 de Abril de 2010. **(C.P. Rafael Osteau de Lafont Pianetta)**.

Constitución Política de Colombia (Const.). Preámbulo. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 1. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 2. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 4. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 9. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 11. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 13. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 16. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 20. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 23. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 28. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 29. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 48. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 49. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 85. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 86. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 87. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 88. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 93. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 96. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 98. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 99. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 100. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Constitución Política de Colombia (Const.). Art. 100. Julio 7 de 1991. (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-018 de 1993. (M.P. Alejandro Martínez Caballero - 25 de Enero de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-819 de 1999. (M.P. Álvaro Tafur Galvis - 20 de Octubre de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-133 de 1994. (M.P. Antonio Barrera Carbonell - 17 de Marzo de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-913 de 2003. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández - 9 de Octubre de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-924 de 2004. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández - 23 de Septiembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-187 de 2006. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández - 15 de Marzo de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-531/1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz - 11 de Noviembre de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-067 de 1993. (M.P. Fabio Morón Díaz – Ciro Angarita Barón - 24 de Febrero de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-645 de 1998. (M.P. Fabio Morón Díaz - 9 de Noviembre de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 399 de 2007. (M.P. Jaime Araújo Rentería - 23 de Mayo de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-269 de 2008. (M.P. Jaime Araújo Rentería - 11 de Marzo de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1259 de 2001. (M.P. Jaime Córdoba Triviño - 29 de Noviembre de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-523 de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño - 01 de Julio de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa – 31 de Julio de 2008)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-568 de 2006. (M.P. Jaime Córdoba Triviño - 19 de Julio de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-458 de 1994. (M.P. Jorge Arango Mejía - 12 de Mayo de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-123 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio - 1 de Marzo de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-756 de 2010. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio - 21 de Septiembre de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-172 de 1993. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo - 4 de Mayo de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 1131 de 2004. (M.P. Humberto Sierra Porto - 10 de Noviembre de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-834 de 2007. (M.P. Humberto Sierra Porto - 10 de Octubre de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 548 de 2011. (M.P. Humberto Sierra Porto - 7 de Julio de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 de 2012. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva - 22 de Marzo de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-328 de 2012. (M.P. Maria Victoria Calle Correa - 3 de Mayo de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-111 de 2010. (M.P. Mauricio González Cuervo - 16 de Febrero de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-675 de 2012. (M.P. Mauricio González Cuervo - 24 de Agosto de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-666 de 2004. (M.P. Rodrigo Uprimny Reyes - 09 de Julio de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-638 de 2000. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa - 31 de Mayo de 2000).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-170 de 2007. (M.P. Jaime Córdoba Triviño – 09 de Marzo de 2007)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa – 31 de Julio de 2008)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-768 de 1998. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz – 10 de Diciembre de 1998)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-179 de 1994. (M.P. Carlos Gaviria Díaz – 13 de Abril de 1994)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-215 de 1996. (M.P. Fabio Morón Díaz – 15 de Mayo de 2007)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero – 31 de Enero de 2001)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-818 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto – 13 de Octubre de 2010)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa – 28 de Junio de 2001)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-425 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz – 26 de Septiembre de 1995)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-444 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz – 10 de Junio de 1999)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1088 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza – 12 de Diciembre de 2012)

Curtis, H. (2000) *Biología*. Buenos Aires.

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. República Francesa. Asamblea Nacional Constituyente Francesa. 26 de agosto de 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948.

Declaración de Estambul sobre el Tráfico de Órganos y el Turismo de Trasplantes. Sociedad de Trasplantes y la sociedad internacional de Nefrología de Estambul. 30 de Abril al 2 de Mayo de 2008.

Decreto 2493 de 2004 (con fuerza de ley). Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. Agosto 4 de 2011. DO.N. 45631.

Decreto 2591 de 1991 (con fuerza de ley). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991. DO.N. 40165.

Decreto 2363 de 1986 (con fuerza de ley). Por el cual se Reglamenta Parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a los Procedimientos de Trasplantes de Componentes Anatómicos en Seres Humanos y se Sustituye Integralmente el Decreto Número 2642 de 1980. Julio 25 de 1986. DO.N. 37571.

Defensoría del Pueblo. 2007. *La Tutela y el Derecho a la Salud Periodo 2003 – 2005*. Fecha de Consulta: 17 de Julio de 2013. Recuperado de http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela_salud.pdf

Diccionario Médico Salvat. (1974). Madrid.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2012). Madrid.

Enciclopedia Temática PEV Color. (1997). Madrid.

Instituto Nacional de Donación y Trasplante de órganos, células y tejidos. 2013. *Estadísticas de Trasplante Renal/Vivo Cadavérico 2006-2010*. Tabla No. 5. Ecuador. Fecha de Consulta: 09 de Julio de 2013. Recuperado de <http://www.indot.gob.ec/indotweb/index.php/estadisticas/2006-2010>

Instituto Nacional de Salud. 2013. *Red de Donación y trasplante de órganos y tejidos*. Recuperado de <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/red-de-donacion-y-trasplante-de-organos-y-tejidos.aspx#.UdrQEDtg-0c>

Instituto Nacional de Salud. 2013. Tabla No. 1. Fecha de Consulta: 17 de Julio de 2013. Recuperado de http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Estadsticas/Trasp_inf_DistribNac_1sem2008.pdf

Instituto Nacional de Salud. 2013. Tabla No. 2. Fecha de Consulta: 27 de Septiembre de 2013. Recuperado de http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Estadsticas/Trasp_inf_Trasplantes_1sem2008.pdf

Instituto Nacional de Salud. 2013. Tabla No. 3. Fecha de Consulta: 27 de Septiembre de 2013. Recuperado de http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Estadsticas/Trasp_Inf_Donac_1sem2008.pdf

Ley 1095 de 2006. Por el cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política. 2 de Noviembre de 2006. DO.N. 46440.

Ley 919 de 2004. Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. 23 de Diciembre de 2004. DO.N. 45771.

Ley 43 de 1993. Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. 01 de Febrero de 1993. DO.N. 40735.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de Diciembre de 1993. DO.N. 41148.

Ley 73 de 1988. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. 20 de Diciembre de 1988. DO.N. 38623.

Ley 9 de 1979. Por la cual se dictan Medidas Sanitarias. 5 de Febrero de 1979. DO.N. 35193.

Manyalich, M. 2010. *Evolución del Procuramiento de órganos en el mundo*. Barcelona. Fecha de Consulta: 09 de Julio de 2013. Recuperado de http://www.clinicalascondes.com/areaacademica/pdf/MED_21_2/1_Evoluciondel_Manyalich.pdf

Migración Colombia. 2012. *Boletín Estadístico Marzo 2012*. www.migracioncolombia.gov.co/.../13-boletin-migratorio.html?...24%3...

Osuna, N. Tutela y amparo: Derechos Protegidos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1997

Organización Mundial de la Salud. 2010. Recuperado de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>

Pavajeau, C. Lecciones de Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003

Perilla, S. 22 de Octubre de 2009. Con tutela, extranjeros logran beneficiarse de Trasplantes de Órganos en Colombia. *Diario El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6422567>

Procuraduría General de la Nación. (2011). *Tráfico de Órganos y Ley Penal*. Bogotá D.C.

Sánchez. R. El principio de proporcionalidad. México: Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2007

Resolución 2640 de 2005. (Ministerio de Protección Social). Por medio de la cual se reglamentan los artículos 3º, 4º, 6º parágrafo 2º, 7º numeral 10, 25 y 46 del Decreto 2493 de 2004 y se dictan otras disposiciones. 16 de Agosto de 2005. DO.N. 46007.

Resolución 1043 de 2006. (Ministerio de Protección Social). Por la cual se establecen las condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención y se dictan otras disposiciones. 3 de Abril de 2006. DO.N. 46271.

Tintinalli, J. 2010. Tintinalli's Emergency Medicine: A comprehensive study guide. U.S.A.