

Sentencia T-1088/12

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-No establece diferencia entre persona nacional o extranjera

ACCION DE TUTELA-Legitimación de los extranjeros para instaurarla

TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATOMICOS A EXTRANJEROS NO RESIDENTES-Marco legal y jurisprudencia aplicable

ASIGNACION DE COMPONENTES ANATOMICOS-Tiene en cuenta criterios técnico científicos para la entrega de órganos

TRASPLANTE DE ORGANOS O TEJIDOS A EXTRANJEROS NO RESIDENTES-Procedimiento

ASIGNACION DE COMPONENTES ANATOMICOS REQUERIDOS PARA TRASPLANTE-Inscripción de pacientes tiene por objeto establecer orden de prelación

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD-Prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en el territorio nacional

TURISMO DE TRASPLANTE Y ASIGNACION DE ORGANOS-Normatividad internacional

DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS EXTRANJEROS-Fuentes y alcance

PRESTACION DE SERVICIOS DE TRASPLANTE A EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN EL TERRITORIO NACIONAL-Condicionada a que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en lista de espera

ACCION DE TUTELA CONTRA INSTITUTO NACIONAL DE SALUD-Trasplante de hígado a extranjero no residente en territorio nacional realizado por estado de salud

Referencia:

Expediente T-2.986.112

Demandante:

Jordán Benedito Razzini

Demandados:

Instituto Nacional de Salud, Dirección Seccional de Salud de Antioquia y Hospital San Vicente de Paúl

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, el veintisiete (27) de enero de dos mil

once (2011), en el trámite de la acción de amparo constitucional promovida por el señor Jordán Benedito Razzini, contra el Instituto Nacional de Salud, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y el Hospital San Vicente de Paúl.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La solicitud

El 25 de noviembre de 2010, el ciudadano de nacionalidad brasileña, Jordán Benedito Razzini, presentó acción de tutela contra el Instituto Nacional de Salud, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y el Hospital San Vicente de Paúl, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a una vida digna, a la salud y a la igualdad, presuntamente vulnerados por dichas entidades, al negarle el trasplante de hígado que requiere, bajo el argumento según el cual, por su condición de extranjero no residente en el territorio nacional, solo puede ser receptor del órgano solicitado cuando no existan pacientes nacionales o extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

### 2. Reseña fáctica

2.1. Manifiesta el accionante que es ciudadano brasileño, cuenta con 53 años de edad y padece de “Cirrosis Hepática Alcohólica”<sup>1</sup>.

2.2. Indica que a raíz de su enfermedad ha presentado ciertas complicaciones en su estado de salud como ascitis<sup>2</sup>, encefalopatías<sup>3</sup>, peritonitis bacteriana<sup>4</sup> y hemocromatosis<sup>5</sup>, por lo que requiere un trasplante de hígado para recuperarse.

2.3. Aduce que su médico tratante en Brasil, le sugirió trasladarse a la ciudad de Medellín para solicitar al Hospital San Vicente de Paúl, el trasplante de hígado que requiere, por cuanto en su país de origen las listas de espera para efectuar dicha intervención son muy largas y la tasa de donación muy baja.

2.4. Señala que, un ciudadano brasileño que estuvo en sus mismas condiciones médicas le recomendó realizarse el procedimiento de trasplante en el referido hospital, pues allí encontró la solución a sus problemas de salud.

2.5. Sostiene que al llegar a la ciudad de Medellín consultó con un médico hepatólogo y gastroenterólogo, quien dictaminó su clasificación funcional hepática con un MELD6 de 17 puntos y un CHILD C, resultados que implican, según el galeno, que requiere de un trasplante hepático para garantizar su vida.

2.6. Advierte que presentó una petición ante las directivas del Hospital San Vicente de Paúl solicitando el trasplante de hígado que requiere, sin embargo dicha solicitud le 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 20047 y en los conceptos proferidos por la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante (Instituto Nacional de Salud) sobre el tema.

2.7. Ante esa negativa, acude en sede de tutela a solicitar 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 y en consecuencia, se ordene a las autoridades competentes autorizar el trasplante de hígado que requiere en igualdad de condiciones que los colombianos, respetando únicamente los criterios técnico-científicos de asignación y selección.

### 3. Fundamentos de la acción y pretensiones

El señor Jordán Benedito Razzini señala que su petición no busca un trato preferente sobre los ciudadanos colombianos, sino uno igualitario, pues en virtud del artículo 95, numeral 2, de la Constitución Política de 1991, los colombianos deben “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”.

Advierte que si bien el artículo 100 constitucional faculta al legislador para limitar el ejercicio de determinados derechos civiles de los extranjeros o subordinarlos a condiciones especiales, por razones de orden público, “tales restricciones ‘no son absolutas, pues aquéllas encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales’.”<sup>8</sup>

Refiere que la Corte Constitucional en su jurisprudencia<sup>9</sup> ha señalado que los extranjeros

gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades que los nacionales, por lo tanto deben recibir el mismo trato y protección de las autoridades.

Sostiene que en sentencia T-269 de 2008<sup>10</sup>, el alto tribunal constitucional, al estudiar una acción de tutela en la que una ciudadana ecuatoriana no residente en el territorio nacional solicitaba la inaplicación del artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 porque padecía de cirrosis y requería de un trasplante hepático, advirtió que respecto de los pacientes en lista de espera, es la persona con mayor urgencia de trasplante la que debe tener prelación frente al resto, sin importar su nacionalidad o que sea residente o no en el país.

Aduce que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia de 8 de abril de 2010<sup>11</sup>, al estudiar la solicitud de nulidad de los artículos 8, 21 parágrafo 1° y 40 del Decreto 2493 de 2004 señaló: “la circunstancia de que una persona natural ostente una nacionalidad distinta de la colombiana o el hecho de que aquella tenga la calidad de residente o de simple transeúnte, no es óbice para que en caso de necesidad y estando en el territorio nacional, pueda llegar a convertirse en receptora de un órgano o tejido para trasplante, pues según las voces del artículo 13 constitucional, el origen nacional de las personas no puede ser invocado como fundamento de ningún tratamiento discriminatorio”.

Añade que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, en providencias de 22 de junio de 2007, 30 de marzo y 18 de mayo de 2009, entre otras, al resolver acciones de tutela presentadas por extranjeros no residentes en el territorio nacional en las que se solicitaba el trasplante de órganos, concedió el amparo de los derechos fundamentales reclamados, al advertir “...cierto es que existe un impedimento de orden reglamentario que limita el acceso al trasplante hepático que requiere el accionante; no obstante viéndose comprometidos directamente los derechos a la vida y a la dignidad, la actuación de las entidades accionadas, no encuentra justificación debido a la innegable prevalencia de estos derechos constitucionales sobre disposiciones de orden legal que impiden su desarrollo”.

De conformidad con lo expuesto, solicita al juez de tutela que inaplique el artículo 40 del Decreto 2493 por ser inconstitucional y, en consecuencia, ordene a las autoridades competentes autorizar el trasplante de hígado que requiere en igualdad de condiciones que los colombianos, respetando únicamente los criterios técnico-científicos de asignación y

selección.

#### 4. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela fue tramitada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, despacho que a través de auto de veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010), resolvió admitirla y correr traslado de la misma a las entidades demandadas, para efectos de ejercer su derecho a la defensa.

##### 4.1. Instituto Nacional de Salud

Durante el término otorgado para el efecto, la Jefe de la Oficina Jurídica, mediante escrito de 6 de diciembre de 2010, solicita al juez constitucional denegar el amparo invocado.

En dicho documento indica, que no es responsabilidad del Estado Colombiano velar efectivamente por la seguridad social de quienes no residen en el territorio nacional, especialmente por aquellos ciudadanos que acuden al país en busca de un trasplante solo por el hecho de que las listas de espera en sus respectivos países son demasiado altas, utilizando para ello mecanismos judiciales en los que advierten la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a una vida digna y a la igualdad, pues aceptar tales afirmaciones implicaría que cualquier extranjero no residente menoscabe el ordenamiento jurídico por vía de tutela.

Así mismo, señala que para realizar la asignación de los componentes anatómicos en el país se tienen en cuenta el estado clínico del paciente, la compatibilidad genética y una serie de criterios técnico-científicos, que son los que finalmente determinan la entrega de un órgano a un receptor. Lo anterior, implica que la distribución de un componente anatómico no se realice en principio por turnos de acuerdo a la fecha de ingreso a la lista de espera, sino por estos criterios.

Del mismo modo, sostiene que el demandante no agotó el procedimiento legal, jurídico y administrativo establecido en su país para obtener el trasplante de hígado que requiere, luego desconoce que Brasil tiene uno de los mayores programas públicos en trasplantes de órganos y tejidos en el mundo, con 798 centros de salud y 1.376 equipos médicos especializados autorizados para realizar trasplantes, así mismo aduce que Brasil, para el año

2009, reportaba una lista de espera para trasplantes de 4.304 pacientes, cifra que se debe relacionar con el número de población de este país, que para el mismo año ascendía a 193.733.795 personas. Destaca que para el año 2009 en Brasil se realizaron 1.322 trasplantes de hígado, mientras que en Colombia solo se practicaron 232.

Resalta que a la fecha, en Colombia, hay 87 receptores en las listas de espera para el trasplante de hígado, sobre los cuales cabe la posibilidad de que fallezcan sin recibir el trasplante del órgano que requieren, como sucedió con 11 pacientes en el año 2009, pues padecen de enfermedades hepáticas que avanzan progresivamente.

Finalmente, advierte que de concederse las pretensiones del accionante se estaría incentivando el turismo de trasplantes en Colombia, vulnerando con ello los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes en el país. Un ejemplo de que la anterior situación se puede estar presentando es el caso del señor Claudio Vogel, ciudadano brasileño no residente en Colombia, quien fue incluido el 12 de diciembre de 2008 en lista de espera para trasplante de hígado, por orden de un juez de tutela que inaplicó el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, a quien se le practicó dicho procedimiento en el Hospital San Vicente de Paúl diez días después de su inclusión, es decir, el 22 de diciembre de 2008.

Señala que el caso anterior, fue denunciado por la entidad ante la Fiscalía General de la Nación, al corroborar que la información aportada por el ciudadano brasileño para obtener el trasplante era falsa.

#### 4.2. Dirección Seccional de Salud de Antioquia

El Coordinador Regional de la Red de Donación y Trasplante, dentro del término dado para la contestación de la acción de amparo, solicitó al juez de instancia no conceder las pretensiones del demandante.

Lo anterior, al advertir que el actor no está incluido en la lista de espera nacional para el trasplante de hígado y tampoco ha sido reportado por su médico tratante como paciente en estado de urgencia <sup>12</sup>, lo que implica que por el momento su vida no está en riesgo.

De igual manera, la entidad accionada hace un recuento sobre los criterios médicos<sup>13</sup>, geográficos<sup>14</sup> y técnico-científicos<sup>15</sup> establecidos por el Instituto Nacional de Salud para la

asignación de un componente anatómico a un paciente, especialmente para aquellos que se encuentren a la espera de un trasplante de hígado.

Así mismo, trae a colación la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en la que se considera que el reconocimiento de los derechos a los extranjeros no implica que en el ordenamiento jurídico esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales.

Del mismo modo, allegó los Tratados Internacionales que prohíben el turismo de trasplante de órganos y hace énfasis en que a la fecha Colombia está denunciada ante la Organización Mundial de Salud por propiciarlo.

Advierte que en Colombia, ante la escasez de donantes cadavéricos, el trasplante de un hígado se demora entre 18 a 24 meses, sin embargo, hay procesos en los que tarda más tiempo, como es el caso de un paciente de la fundación Santa Fe de Bogotá, quien esta en lista desde el 24 de junio de 2003.

Por último, indica que de concederse la acción de tutela de la referencia se estarían vulnerando los derechos fundamentales de los 91 pacientes que se encuentran en lista de espera para un trasplante de hígado, de los cuales 6 son menores de edad.

#### 4.3. Hospital Universitario San Vicente de Paúl

El Secretario General de la Institución, mediante escrito de 30 de noviembre de 2010, solicitó al juez de instancia declarar que el hospital no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, por cuanto fue el Instituto Nacional de Salud quien les prohibió realizar el trasplante de hígado requerido, lo anterior de conformidad con la normatividad vigente.

#### 5. Pruebas que obran en el expediente

Durante el trámite de la acción de tutela, las partes allegaron los siguientes documentos:

\* Copia del pasaporte brasileño del señor Jordán Benedito Razzini No. FB335332 (Folio 31).

\* Copia del oficio de 5 de noviembre de 2010, mediante el cual el médico de nacionalidad Brasileña, Luigi Rodríguez Brianez, remitió al paciente Jordán Benedito Razzini al Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín-Colombia para que en esta institución le sea realizado el trasplante de hígado que requiere (Folio 32).

\* Copia del oficio de 10 de noviembre de 2010, mediante el cual el galeno Luigi Rodríguez Brianez certifica el estado médico del paciente Jordán Benedito Razzini (Folio 33).

\* Concepto de 24 de noviembre de 2010, a través del cual el médico colombiano, Luis Gonzalo Guevara Casallas, determina que el paciente Jordán Benedito Razzini requiere de un trasplante hepático (Folio 34).

\* Resultados de los exámenes realizados al señor Jordán Benedito Razzini en el Laboratorio Clínico Hematológico (Folios 35 a 37).

\* Oficio DP13-10 de 23 de noviembre de 2010, mediante el cual el Secretario General del Hospital Universitario San Vicente de Paúl respondió a la petición presentada por el señor Jordán Benedito Razzini (Folio 38).

\* Constancia de la diligencia realizada por la oficial mayor del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, el 10 de diciembre de 2010, en la que informó que el señor Jordán Benedito Razzini llegó al país, el 10 de noviembre de 2010 (Folio 39).

\* Copia del artículo publicado en el diario "EL PAÍS", el 5 de mayo de 2009, titulado "Tráfico de órganos. Un negocio oscuro y atroz" (Folios 60 a 67).

## II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

## 1. Primera instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, mediante providencia proferida el diez (10) de diciembre de dos mil diez (2010), denegó el amparo de los derechos fundamentales a una vida digna, a la salud y a la igualdad del ciudadano brasileño, Jordán Benedito Razzini.

Lo anterior, al considerar que la normatividad consagrada en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 no incorpora un trato discriminatorio contra los extranjeros no residentes en el territorio nacional, por el contrario protege los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes que se encuentran a la espera del trasplante de un órgano, prueba de ello son los 91 pacientes que están en lista de espera para trasplante de hígado.

Advierte que no es de recibo, que el señor Jordán Benedito Razzini, solicite el mismo trato que se les da a los nacionales que están en la lista de espera para acceder a un trasplante, pues según quedó demostrado llegó a Colombia, el 10 de noviembre de 2010, con el único propósito de realizarse dicho procedimiento, sin tener en cuenta que existen colombianos que llevan esperando el trasplante de un componente anatómico más de 7 años.

Contra esa decisión, el accionante presentó, oportunamente, recurso de apelación, en el que sostuvo que a diferencia de los colombianos y los extranjeros residentes, él solo puede ser elegido para la realización de un trasplante en caso de presentar estado de urgencia cero o de que no existan nacionales o extranjeros residentes que lo requieran, condición que a su juicio vulnera el derecho fundamental a la igualdad.

## 2. Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, mediante providencia proferida el veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011), resolvió revocar la decisión del a quo y, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales del accionante a una vida digna, a la salud y a la igualdad.

Lo anterior, al considerar que la disposición consagrada en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 es contraria a la Constitución Política, pues constituye una afrenta a los derechos fundamentales del accionante, quien ve aminorado su estado de salud, por lo que cabe la

probabilidad de que sea calificado en grado de urgencia cero, caso en el cual deberá ser atendido en las condiciones que su situación exija, sin que se tenga en cuenta su nacionalidad.

### III. PRUEBAS APORTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

La Secretaría General de la Corte Constitucional, el 9 y 12 de agosto de 2011, comunicó al Magistrado Sustanciador que en la recepción de esta Corporación se recibieron dos memoriales dirigidos al expediente de la referencia, los cuales se relacionan a continuación:

#### 1. Dirección Seccional de Salud de Antioquia

El Profesional Especializado de la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, informó al despacho que, el 23 de febrero de 2011, el Hospital San Vicente de Paúl incluyó al señor Jordán Benedito Razzini en su lista de espera para trasplante de hígado.

Señala que el 17 de mayo de 2011, la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante autorizó la práctica del procedimiento requerido por el señor Razzini, en razón a su estado de salud, así mismo, advierte que para esa fecha le antecedían en turno de inscripción en la lista de espera, 46 pacientes nacionales.

#### 2. Hospital San Vicente de Paúl

La Jefe de la Unidad de Trasplante del Hospital San Vicente de Paúl indicó que durante el tiempo en el que el señor Razzini estuvo incluido en la lista de espera para trasplante de hígado, se le solicitó, en varias oportunidades<sup>16</sup>, a la Coordinación Regional y Nacional de la Red de Donación y Trasplante la certificación de que no existían pacientes nacionales en peores condiciones médicas o que estuvieran antes que él en la lista de espera. Dicha autorización fue expedida, el 17 de mayo de 2011.

Adjunta al escrito remitido (i) copia de las solicitudes realizadas a la Coordinación Nacional y Regional de la Red de Donación y Trasplante, (ii) copia de las respuestas dadas por dichas entidades, (iii) copia de la autorización proferida por el Instituto Nacional de Salud para realizar el trasplante de hígado y (iv) historia clínica del señor Jordán Benedito Razzini.

### IV. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Auto de dieciséis (16) de agosto de dos mil once (2011), el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Por Secretaría General de la Corporación ofíciase al Ministerio de la Protección Social para que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de este Auto, absuelva las siguientes preguntas, allegando los documentos que considere pertinentes:

\* ¿Cuáles son los lineamientos esbozados por el Ministerio de la Protección Social para la prestación de servicios de salud a extranjeros no residentes en el territorio nacional?

\* ¿Qué políticas públicas se han implementado por parte del Estado Colombiano para disminuir el llamado “turismo de trasplante de órganos”?

SEGUNDO: Por Secretaría General de la Corporación ofíciase al Ministerio de Relaciones Exteriores para que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de este Auto, profiera un concepto sobre los siguientes puntos, allegando los documentos que considere pertinentes:

\* ¿Desde cuándo y con qué condiciones se considera que un ciudadano extranjero adquiere la residencia en el país?

\* ¿Qué requerimientos les exige el Estado Colombiano a los ciudadanos extranjeros para ingresar al país cuando lo hacen con el propósito de atender problemas de salud?

TERCERO: Por Secretaría General de la Corporación ofíciase a la Comisión de Regulación en Salud para que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de este Auto, profiera un concepto sobre el siguiente punto, allegando los documentos que considere pertinentes:

\* ¿Cómo funciona el Sistema General de Seguridad Social en Salud en materia de trasplante de componentes anatómicos a pacientes nacionales y extranjeros residentes?, sus aspectos positivos y sus debilidades.

CUARTO: Por Secretaría General de la Corporación ofíciase a la Fundación Enlace, Fundación Retorno Vital, Fundación Sur Colombiana de Trasplantes, Fundación Lemuel y a la Fundación Social Trasplante de Colombia para que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de este Auto, profieran un concepto sobre los siguientes puntos, allegando los documentos que consideren pertinentes:

\* Los aspectos positivos y negativos que pueda presentar la Red de Donación y Trasplante de órganos en Colombia.

\* El “turismo de trasplante de órganos” en Colombia.

\* Los criterios de asignación y distribución de componentes anatómicos a pacientes incluidos en las listas de espera.

\* La inclusión de los extranjeros no residentes en el territorio nacional, en las listas de espera para trasplante de órganos.

QUINTO: Por Secretaría General de la Corporación ofíciase a la Superintendencia Nacional de

Salud para que, en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de este Auto, resuelva las siguientes preguntas, allegando los documentos que considere pertinentes:

\* ¿Qué control ha ejercido la Superintendencia Nacional de Salud a los actores de la red relacionados con la prestación de servicios de donación y trasplante de órganos?

\* ¿Que irregularidades ha detectado dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, en materia de trasplante de componentes anatómicos a ciudadanos extranjeros no residentes en el territorio nacional?

\* ¿Se presentan privilegios en la atención de pacientes extranjeros no residentes en el país que requieren un trasplante de órganos, respecto de los ciudadanos colombianos que se encuentran en las mismas condiciones?

SEXTO: Por Secretaría General de la Corporación ofíciase a la Sociedad Colombiana de Trasplantes de Órganos y a las Facultades de Medicina de las Universidades Javeriana, Nacional y Andes solicitando su colaboración en el sentido de que, en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de este Auto, emitan un concepto sobre los siguientes puntos, allegando los documentos que considere pertinentes:

\* ¿La regulación establecida por el Instituto Nacional de Salud a través de las circulares externas No. 20963 de 18 de febrero de 2011 y No. 00046 de 1° de abril de 2001, en relación con el trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en el territorio nacional propicia el “turismo de trasplante de órganos”?

\* ¿Incluir a un extranjero no residente en el país en las listas nacional o regional de espera

para el trasplante de órganos, en la práctica podría vulnerar o no los derechos de los pacientes nacionales y extranjeros residentes que en igualdad de condiciones hagan parte de esas listas?, lo anterior teniendo en cuenta los criterios técnico-científicos establecidos por el Instituto Nacional de Salud para la asignación y distribución de componentes anatómicos.

SÉPTIMO: Por Secretaría General de la Corporación ofíciase a la Organización Panamericana de la Salud, para que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de este Auto, profiera un concepto sobre los siguientes aspectos:

\* Su percepción sobre el “turismo de trasplante de órganos” en Colombia.

\* Los pronunciamientos internacionales en torno a la donación de componentes anatómicos y el “turismo de trasplante de órganos”. (...)

La Secretaria General de la Corte Constitucional, el 7 de septiembre de 2011, comunicó al Magistrado Sustanciador que en la recepción de esta Corporación se recibieron varios escritos dirigidos al expediente de la referencia. A continuación, pasa la Sala de Revisión a relacionar los documentos allegados:

#### 1. Ministerio de Relaciones Exteriores

La Directora de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicios al Ciudadano (E), advierte que a los extranjeros solo se les puede reconocer como domiciliados en el territorio nacional cuando les ha sido otorgada la visa de residente, en caso contrario, se considerarán transeúntes.

Señala que los extranjeros pueden ingresar al país de dos formas (i) con permiso de entrada como visitante turista, visitante temporal y visitante técnico expedido por el Departamento Administrativo o (ii) con visa expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con el Decreto 4000 de 2004.

Sostiene que la visa temporal es para el extranjero que participe en actividades académicas,

en seminarios, conferencias, simposios, exposiciones; cursos, estudios no regulares que en todo caso no superen un semestre académico; para tratamiento médico; para presentar entrevistas en un proceso de selección de personal en entidades públicas o privadas; para adelantar contactos comerciales y/o empresariales, hasta por ciento ochenta (180) días calendario dentro del mismo año calendario.

Indica que la normatividad migratoria, en su artículo 41, contempla la visa temporal especial para tratamiento médico<sup>17</sup>, la cual será otorgada al extranjero que pretenda ingresar al territorio nacional para tratamiento médico y éste no sea posible realizarlo dentro de los términos de la visa de visitante o el permiso de ingreso, pues su vigencia puede ser de hasta un año.

Agrega que el otorgamiento de una visa es un acto discrecional, fundado en el principio de soberanía del Estado, conforme al Decreto 4000 de 2004 y al artículo 189 de la Constitución Política, en ese orden de ideas, el Estado Colombiano podrá negar un visado aun cuando el solicitante cumpla con los requisitos exigidos, por razones de seguridad nacional o en observancia del Decreto 2493 de 2004, por medio del cual se reglamenta la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos en el país.

## 2. Ministerio de la Protección Social

La Directora General de Calidad del Servicio del Ministerio de la Protección Social, relaciona las normas mediante las cuales dicha entidad y el Instituto Nacional de Salud han sentado los lineamientos sobre la prestación de servicios de salud<sup>18</sup> y de trasplante de órganos<sup>19</sup> a extranjeros no residentes en el territorio nacional.

## 3. Comisión de Regulación en Salud

La Comisionada Experta, vocera de la Comisión de Regulación en Salud, advierte que una de las debilidades que presenta el Sistema de Seguridad Social en Salud en materia de trasplante, es la falta de precisión legal y jurisprudencial sobre los eventos en los cuales es posible ubicar a una persona en situación de preferencia en la listas regional y nacional de espera respecto del resto de pacientes, bajo el criterio de “urgencia” o “apremio”, pues tal imprecisión le otorga a los actores del sistema un amplio margen de interpretación que podrían redundar en el desconocimiento de derechos fundamentales de otras personas con

igual o mejor derecho.

#### 4. Superintendencia de Salud

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Salud, informa que el Instituto Nacional de Salud puso en conocimiento de la entidad que en el país se han realizado trasplantes de órganos a extranjeros no residentes en virtud de fallos de tutela.

#### 5. Fundación Surcolombiana de Trasplantes

El Presidente de la Fundación Surcolombiana de Trasplantes aduce que a pesar de que la red nacional de trasplantes en Colombia lleva funcionando 5 años, ésta no ha dado los resultados esperados, pues la organización de la red es “amañada” y solo favorece intereses de grupos particulares.

Indica que en Colombia hay más de 32.000 pacientes en diálisis, de los cuales 900 se encuentran en listas de espera para un trasplante y solo 800 son trasplantados al año, lo que representa menos del 3% de los enfermos de insuficiencia renal.

Sostiene que la tasa de mortalidad en las unidades de diálisis oscila entre el 12% y el 22% anual, en contraste con la que se presenta en las unidades de trasplante renal, la cual no supera el 1% al 3%. Por ende, considera que el mejor tratamiento para los enfermos renales, es el trasplante, pues les mejora la calidad de vida y los rehabilita laboralmente.

Finalmente, considera que se debe permitir en Colombia el trasplante de órganos a extranjeros no residentes en el país, pues todos los seres humanos tenemos los mismos derechos, sin importar la nacionalidad.

#### 6. Fundación Lemuel

El Fundador de la Fundación Lemuel, manifiesta que en Colombia se ha utilizado la acción de tutela para obtener el trasplante de órganos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, sin embargo, considera que dicha práctica no vulnera los derechos fundamentales de los pacientes que se encuentran en listas de espera, si se comprueba que no existe ningún nacional o extranjero residente que sea compatible con el órgano donado.

## 7. Fundación Enlace Salud

La Directora de la Fundación Enlace Salud y Vida, considera que la inclusión de extranjeros no residentes en el territorio nacional en las listas de espera para trasplante de órganos no constituye un problema para los demás pacientes, siempre y cuando se mantenga la prioridad de los nacionales y extranjeros residentes en Colombia.

## 8. Universidad Nacional de Colombia

El Director de la Línea de Trasplante de la Universidad Nacional, considera que con la inclusión de los extranjeros no residentes en el país en las listas nacionales o regionales de espera para trasplantes de órganos no se vulneran los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes que se encuentran en ellas, pues considera que aquellos no son incluidos con una posición privilegiada sino que deben sujetarse a las mismas condiciones que los colombianos.

## 9. Universidad Javeriana

El Profesor Instructor de Cirugía General de la Universidad Javeriana, señala que las circulares emitidas por el Instituto Nacional de Salud sobre la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia, no propician el turismo de trasplante, pues solo reglamentan el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

## V. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Procedibilidad de la acción de tutela

#### 2.1. Legitimación activa

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, consagra que “toda persona” tiene la

posibilidad de solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales amenazados o vulnerados, mediante el uso de la acción de tutela. Así, cuando en la disposición se hace alusión a “toda persona”, no se establece diferencia entre la persona natural o jurídica, nacional o extranjera y, por tanto, legitima a todo titular de un derecho fundamental amenazado o lesionado, para solicitar su restablecimiento ante los jueces de la República.

Así mismo, el artículo 100 Superior, otorga a los extranjeros “los mismos derechos civiles” que se conceden a los nacionales. Es claro que los extranjeros son titulares de este mecanismo de defensa, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta, según el cual a nadie se le puede discriminar por razón de su “origen nacional”<sup>20</sup>.

En ese orden de ideas, se advierte que el señor Jordán Benedito Razzini, ciudadano brasileño, actúa en defensa de sus derechos, razón por la cual se encuentra legitimado.

## 2.2. Legitimación pasiva

El Instituto Nacional de Salud, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y el Hospital San Vicente de Paúl se encuentran legitimados como parte pasiva en el presente proceso de tutela, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita.

## 3. Problema jurídico

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las decisiones de tutela adoptadas por los jueces de instancia, en esta oportunidad, le compete a la Sala de Revisión analizar, si el Instituto Nacional de Salud, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y el Hospital San Vicente de Paúl vulneraron los derechos fundamentales del señor Jordán Benedito Razzini a la igualdad, a la salud y a la vida digna, al negarle el trasplante de hígado que requiere, bajo el argumento de que dada su condición de extranjero no residente en el territorio nacional solo se le puede efectuar el trasplante de órgano solicitado, cuando no existan receptores nacionales y extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

A efecto de resolver la cuestión planteada, la Sala de Revisión realizará un análisis sobre (i) el marco legal y jurisprudencial aplicable para el trasplante de componentes anatómicos a

extranjeros no residentes en Colombia, (ii) la normatividad internacional aplicable para el Estado Colombiano en relación con el turismo de trasplante. (iii) el derecho la igualdad de los extranjeros en Colombia, (iv) caso concreto.

#### 4. Marco legal y jurisprudencial aplicable para el trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en Colombia

El primer antecedente legislativo que hizo alusión al trasplante<sup>21</sup> de componentes anatómicos<sup>22</sup> en el país, fue la Ley 9ª de 1979<sup>23</sup>, mediante la cual se impuso la obligación a todas las entidades interesadas en prestar servicios de trasplante, de solicitar ante la autoridad sanitaria la expedición de la licencia correspondiente. Luego, se expidió la Ley 73 de 1988 que adicionó la ya indicada incorporando otras disposiciones en materia de donación de componentes anatómicos.

Posteriormente, el 4 de agosto de 2004, el Presidente de la República, en virtud de la facultad conferida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto 2493<sup>24</sup> a través del cual reguló la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de los componentes anatómicos. Después, el Congreso de la República al advertir la necesidad de establecer “cortapisas al criminal comercio de órganos y tejidos”<sup>25</sup> promulgó la Ley 919 de 2004 “por medio de la cual se prohibió la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipificó como delito su tráfico.”

Desde entonces, el Ministerio de la Protección Social<sup>26</sup> y el Instituto Nacional de Salud<sup>27</sup>, en virtud de la normatividad reseñada, han proferido resoluciones y circulares en las que señalan los lineamientos que deben seguir las entidades que hacen parte de la red de donación y trasplante<sup>28</sup> en el país.

De acuerdo con lo expuesto, se advierte que en Colombia la coordinación de la red de donación y trasplante de componentes anatómicos se divide en dos niveles, a saber: el nacional, en cabeza del Instituto Nacional de Salud y, el regional, a cargo de las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud. Dichas entidades son las encargadas de asumir, entre otras competencias, la de certificar la no existencia de receptores<sup>29</sup> en las listas regional y nacional de espera<sup>30</sup> para que se pueda efectuar el trasplante de órganos a extranjeros no residentes en el territorio nacional.

Del mismo modo, el Instituto Nacional de Salud y las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud tienen la función de asignar los componentes anatómicos donados, que no se pueden utilizar en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud con programas de trasplante, a los pacientes que están en las respectivas listas regional y nacional de espera, de conformidad con los criterios técnicos-científicos<sup>31</sup>, lo anterior, garantiza la equidad en dicho procedimiento e impide la discriminación de los receptores por razones de origen familiar, estrato socioeconómico, sexo, raza, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Hoy en día, el procedimiento para la asignación de los componentes anatómicos en Colombia comienza en la entidad en la que se encuentra el donante, así, cuando aquél esté en una Institución Prestadora de Servicios de Salud con programa de trasplante<sup>32</sup> será ésta la que determine, en principio y según los criterios técnicos-científicos, si puede usar el órgano donado en un receptor de su lista. De no ser posible, dicha entidad deberá informar a la Coordinación Regional para que consulte si en las otras IPS con programa de trasplante de la regional existe un paciente compatible, de no ser así, la Dirección Departamental o Distrital de Salud deberá comunicar a la Coordinación Nacional para que designe el componente anatómico en cualquiera de las otras regionales<sup>33</sup> del país.

Ahora, si el donante<sup>34</sup> no se encuentra en una IPS con programa de trasplante deberá ser reportado ante la Coordinación Regional para que sea ésta quien determine la IPS con programa de trasplante que sigue en turno para rescatar el componente anatómico.

Cabe señalar que para realizar la asignación de los componentes anatómicos en el país se tienen en cuenta condiciones como el estado clínico del paciente, la compatibilidad genética y una serie de criterios técnico-científicos, que son los que finalmente determinan la entrega de un órgano a un receptor. Lo anterior, implica que la distribución de un componente anatómico no se realice en principio por turnos de acuerdo a la fecha de ingreso a la lista de espera, sino por estos criterios.

En cuanto al trasplante de órganos o tejidos a extranjeros no residentes en el país, el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 establece que “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”.

Así mismo, señala que “la Institución Prestadora de Servicios 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”.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Primera, en providencia de 8 de abril de 2010, al resolver una demanda de nulidad contra los artículos 8, 21, parágrafo 1, y 40 del Decreto 2493 de 2004, en la que denegó las pretensiones, conservándose así la presunción de legalidad de que están revestidas dichas normas, indicó lo que seguidamente se transcribe y que esta Corporación toma como parte pertinente y relevante de esa decisión:

“La inscripción de los pacientes en la Red de Donación y Trasplantes, tiene por objeto establecer el orden de prelación que habrá de tenerse en cuenta al momento de asignar los componentes anatómicos disponibles que hayan sido requeridos con fines de trasplante. Este mecanismo contribuye a resolver 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 ese 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.

Por consiguiente, cuando el artículo acusado prescribe que 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 sus solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentando ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de los nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia.

No huelga señalar a propósito del tema, que la constatación de que no existen nacionales o extranjeros residentes en lista de espera, debe realizarse tomando en consideración el momento en el cual el extranjero no residente radica su solicitud, pues de conformidad con las ideas expuestas, es claro que los nacionales y extranjeros residentes en Colombia que formulen ese tipo de solicitudes con posterioridad a esa fecha, no pueden pretender que su solicitud sea satisfecha de manera prioritaria, desplazando al extranjero no residente en Colombia que se encuentre previamente inscrito.(...)”

En virtud de lo anterior, el Instituto Nacional de Salud profirió la Circular No. 20963 de 2011, por medio de la cual señaló los lineamientos para la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia, en la que se establece que los extranjeros no residentes en el territorio nacional que requieran de un trasplante deben radicar la solicitud, junto con la correspondiente documentación<sup>35</sup>, ante la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes.

Presentada la petición, el Instituto Nacional de Salud verificará que la documentación allegada sea la requerida, si así lo es, se pronunciará de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004. Posteriormente, el solicitante podrá acudir a suscribir un contrato para la prestación de servicios médicos con cualquier IPS habilitada con programa de trasplante, después de esto, dicha institución incluirá al peticionario en su lista de espera, registrando como fecha del acta de aprobación, la fecha de la certificación expedida por el mencionado Instituto.

Finalmente, la Institución Prestadora de Servicios de Salud podrá realizar el trasplante de un componente anatómico a un extranjero no residente en el territorio nacional cuando a éste le corresponda su turno, de conformidad con la fecha de certificación expedida por la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante y respetando la prelación de los pacientes que ingresaron con anterioridad a la lista nacional de espera, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños. Así mismo, deberá obtener la autorización de la respectiva Coordinación Regional para poder efectuar dicho procedimiento.

4.1. Normatividad internacional aplicable para el Estado Colombiano en relación con el turismo de trasplante

La Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante, de la cual hace parte Colombia, el 17 de noviembre de 2005, profirió la Declaración de Mar del Plata en la que recomendó a los Estados miembros “implementar fuertes medidas para combatir el turismo de trasplante, entendido como desplazamiento de receptores y/o donantes a otros países con la finalidad de acceder a una donación y/o trasplante a cambio de una compensación económica y/o vulnerando las normas locales de asignación de órganos”. “El intercambio de órganos y la importación y exportación de tejidos y células solo debe permitirse en el marco de convenios entre estados o bajo la regulación y supervisión de los organismos oficiales pertinentes de ambos países”.

Posteriormente, la Sociedad de Trasplante y la Sociedad Internacional de Nefrología al advertir que la venta de órganos, el turismo de trasplante y el tráfico de donantes había aumentado ante la escasez mundial de órganos, convocaron a más de 150 representantes de organismos médicos y delegados de los Estados, entre los cuales participó Colombia, para celebrar en Estambul, entre el 30 de abril y el 2 de mayo de 2008, una cumbre sobre la referida problemática. En dicha reunión se declaró que “el viaje para trasplantes es el traslado de órganos, donantes, receptores o profesionales del trasplante fuera de las fronteras jurisdiccionales, dirigido a realizar un trasplante. El viaje para trasplantes se convierte en ‘turismo de trasplantes’ si implica el tráfico de órganos o la comercialización de trasplantes, o si los recursos (órganos, profesionales y centros de trasplantes) dedicados a suministrar trasplantes a pacientes de otro país debilitan la capacidad del país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población”.

Así mismo, la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante en la reunión que se llevó a cabo el 28 y 29 de octubre de 2009, en la ciudad de Bogotá, con los delegados de varios Estados recomendó: “que las autoridades e instancias judiciales de los países reconozcan que los trasplantes de pacientes extranjeros vía tutela o recurso de amparo, vulneran los derechos de los nacionales del país receptor, toda vez que los órganos para trasplante son un recurso escaso y es responsabilidad de cada país desarrollar sistemas de trasplante que le permitan ser autosuficientes en la procuración y trasplante de órganos, tejidos y células.”

## 5. El derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia

El catálogo de derechos fundamentales de los extranjeros en Colombia deriva de diversas fuentes: la Constitución Política de 1991, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y los Tratados Multilaterales y Bilaterales que sobre la materia ha ratificado el Estado Colombiano.

El derecho a la igualdad de los extranjeros se encuentra contemplado en la Constitución Política de 1991, en dos disposiciones diferentes, la primera de ellas es el artículo 13, según el cual “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.” En dicha disposición se consagra la obligación del Estado Colombiano de tratar a todos en igualdad de condiciones, sin embargo, ello no es óbice para que el legislador establezca tratamientos diferenciales entre nacionales y extranjeros cuando los mismos estén soportados en una justificación objetiva y razonable.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C- 913 de 2003 señaló: “El derecho a la igualdad no presenta, en todos los casos, el mismo alcance para los extranjeros que para los nacionales<sup>36</sup>. En efecto, cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar i) si el objeto regulado permite realizar tales distinciones<sup>37</sup>; ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido<sup>38</sup>; iii) el carácter objetivo y razonable de la medida<sup>39</sup>; iv) la no afectación de derechos fundamentales; v) la no violación de normas internacionales<sup>40</sup> y vi) las particularidades del caso concreto<sup>41</sup>.”

En cuanto a la segunda disposición de la Constitución Política que regula el derecho a la igualdad de los extranjeros, el artículo 100 establece “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.”

Por su parte, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha armonizado el artículo 13 y el artículo 100 de la Constitución Política con el fin de precisar el alcance del derecho a la igualdad de los extranjeros. En la sentencia C-768 de 1998 este Tribunal determinó:

“El artículo 13 consagra la obligación del Estado de tratar a todos en igualdad de condiciones. Obviamente, esta norma no significa que no se puedan formular diferenciaciones en el momento de regular los distintos ámbitos en los que se desarrolla la convivencia, sino que opera a la manera de un principio general de acción del Estado, que implica que siempre debe existir una justificación razonable para el establecimiento de tratos diferenciados.

Al mismo tiempo, el primer inciso señala cuáles son los criterios que, en principio, son inaceptables para el establecimiento de diferenciaciones. En su presencia, como ya lo ha señalado esta Corporación, el examen de igualdad que realiza el juez constitucional debe ser estricto o intermedio, según el caso, de manera tal que el creador de la norma debe justificar sobradamente la necesidad o conveniencia de la diferenciación.<sup>42</sup>

Entre los criterios sospechosos mencionados en el inciso 1° del artículo 13 se encuentra el del origen nacional. Este criterio también incluye a los extranjeros. Sin embargo, con respecto a este grupo de personas debe aclararse que el artículo 100 de la Constitución autoriza la limitación o supresión de algunos de sus derechos y garantías. Es así como la mencionada norma permite la restricción o denegación de algunos de sus derechos civiles, siempre y cuando medien razones de orden público. Asimismo, el artículo señala que la Constitución y la ley podrán limitar el ejercicio por parte de los extranjeros de las garantías concedidas a los nacionales e, igualmente, precisa que los derechos políticos se reservan a los nacionales, aun cuando se admite que la ley podrá autorizar la participación de los extranjeros residentes en Colombia en las elecciones del orden municipal o distrital. Es decir, el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión “origen nacional” contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros.

De lo anterior se colige que no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros. Ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una

situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales. Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar.” 43 (Resaltado fuera del texto)

Así pues, para efectos de preservar el derecho a la igualdad de los extranjeros, el juez constitucional debe precisar si la limitación impuesta se inscribe en alguno de aquellos ámbitos en los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre nacionales y extranjeros, tal como lo señala el artículo 100 o si por el contrario, la distinción establecida por el legislador es razonable constitucionalmente, en virtud del artículo 13 y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional.

Si está frente a la segunda hipótesis, el operador jurídico debe determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el texto fundamental. Para ello debe establecerse (i) la diferencia entre los supuestos de hecho, (ii) la presencia de un fin que explique la diferencia de trato, (iii) la validez constitucional de ese fin y (iv) la eficacia de la relación entre los supuestos de hecho, la norma y el fin.

De conformidad con lo expuesto, la Sala de Revisión pasa a examinar si el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros no residentes en el territorio nacional. Dicha disposición señala:

“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.”

En ese orden de ideas, se advierte que la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en el territorio nacional está condicionada a que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en las listas nacional o regional de espera. Lo anterior, encuentra fundamento en el inciso segundo del artículo 48 de la Constitución Política según el cual el Estado Colombiano debe garantizar el derecho a la seguridad social de todos los habitantes<sup>44</sup> del territorio, es decir de todas las personas que vivan o residan en el país.

Así mismo, el artículo 2 de la Constitución Política dispone que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes<sup>45</sup> en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-215 de 1996 señaló:

“...los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley; así, es evidente que la mencionada disposición constitucional (Artículo 100) garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y asegura la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales.

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 pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el artículo 40. inciso segundo de la Carta que expresa: ‘Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades’.”

Así las cosas, se advierte que el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 consagra un trato preferente para los nacionales y extranjeros residentes en el territorio nacional respecto de los extranjeros no residentes, sin embargo, ello encuentra justificación en las diferencias que existen entre unos y otros, pues 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<sup>46</sup> 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.

De igual manera, se advierte que el deber de solidaridad del Estado Colombiano para con los extranjeros no residentes en el territorio nacional en materia de salud se hace efectivo solo en situaciones que sean imprevistas e irresistibles, pues, en principio, corresponde al Estado del cual es nacional el extranjero garantizar su derecho fundamental a la salud, lo anterior teniendo en cuenta que el paciente no puede elegir el país al cual desea imponerle la carga de su enfermedad.

En ese orden de ideas, considera la Sala que 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.

Del mismo modo, se evidencia que la referida disposición es eficaz, pues en el informe anual de la Red de Donación y Trasplante, de mayo de 2012 se indicó 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 a la gestión realizada desde la Coordinación Nacional de Donación y Trasplantes en cumplimiento de la normatividad vigente.” Así mismo, se aduce que “en el año 2011 se realizaron diez (10) trasplantes a receptores extranjeros no residentes en Colombia, lo que representa el 0.9% del total de trasplantes realizados en el año 2011, en el año 2010 se realizaron (17) trasplantes, lo que representó el 1,45%.”

En dicho informe, el Instituto Nacional de Salud aporta las siguientes estadísticas realizadas con los datos recaudados por el Sistema Nacional de Información en Donación y Trasplante, en el año 2011:

Según lo expresado hasta aquí, ha de entenderse entonces que el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 no vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros no residentes en el

territorio nacional y por lo tanto debe ser aplicado en su totalidad, de forma tal que la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia seguirá sujeta a que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, sin importar que la fecha de la certificación expedida por la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante al extranjero no residente sea anterior a la de otros receptores nacionales y extranjeros residentes, pues como se explicó anteriormente, estos últimos tienen prioridad.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala de Revisión pasa al análisis del caso concreto.

## 6. Análisis del caso concreto

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala de Revisión encuentra acreditados los siguientes hechos:

\* El señor Jordán Benedito Razzini, de nacionalidad brasileña, llegó a Colombia, el 10 de noviembre de 2010, con el único propósito de realizarse un trasplante de hígado en el Hospital San Vicente de Paúl de Medellín, en razón a que padecía de Cirrosis Hepática Alcohólica.

\* El demandante no agotó el procedimiento legal, jurídico y administrativo correspondiente que rige en su país para acceder a un trasplante de hígado, sino que, por indicaciones de su médico tratante, se dirigió directamente al Hospital San Vicente de Paúl a requerirlo.

\* El 23 de noviembre de 2010, el Hospital San Vicente de Paúl negó la prestación de servicios médicos de trasplante al accionante por su condición de extranjero no residente en el territorio nacional, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

\* El 25 de noviembre de 2010, el señor Jordán Benedito Razzini instauró una acción de tutela en contra del Instituto Nacional de Salud, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y el Hospital San Vicente de Paúl con el fin de que le fueran amparados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la igualdad presuntamente vulnerados por dichas entidades al negarle el trasplante de hígado que requiere, bajo el argumento según el cual, por su condición de extranjero no residente en el territorio nacional, solo se le puede efectuar el trasplante de órgano solicitado, hasta tanto no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera.

\* En primera instancia la acción de tutela fue negada y en segunda concedida como atrás quedó reseñado.

\* Dentro del trámite de la referida acción de amparo, el ad quem, mediante providencia de 27 de enero de 2011, ordenó al Instituto Nacional de Salud, a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y al Hospital San Vicente de Paúl incluir al accionante en igualdad de condiciones en la lista de espera para trasplante de hígado, respetando los derechos preferentes, el turno de pacientes anteriores a él y siguiendo los protocolos médicos establecidos para este tipo de intervención, así mismo, ordenó al Instituto Nacional de Salud autorizar al Hospital San Vicente de Paúl que una vez le sea asignado el componente anatómico al accionante, realice el trasplante.

\* El 23 de febrero de 2011, el Hospital San Vicente de Paúl incluyó en su lista de espera para trasplante de hígado al señor Jordán Benedito Razzini.

\* El 17 de mayo de 2011, la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante, acatando el fallo de tutela de la referencia, autorizó el trasplante de hígado requerido por el señor Jordán Benedito Razzini, en razón a su estado de salud.

\* Para el 17 de mayo de 2011, existían 91 pacientes nacionales en lista de espera para trasplante de hígado, de los cuales 46 tenían turnos anteriores al del señor Jordán Benedito Razzini.

\* En Colombia el tiempo promedio que debe esperar un paciente en lista de espera para que se le realice un trasplante de hígado es de 18 a 24 meses, en razón a la escasez de donantes cadavéricos.

\* La asignación de los componentes anatómicos donados a las personas que están en listas de espera se hace de conformidad con criterios técnicos-científicos tales como, el estado clínico del paciente, la compatibilidad genética del órgano con el receptor, el tiempo en lista de espera, entre otros, lo anterior implica que la distribución de un componente anatómico no se realice en principio por turnos de acuerdo a la fecha de ingreso a la lista de espera, sino por estos criterios.

\* La acción de tutela está siendo utilizada por los extranjeros no residentes en el territorio nacional para ser incluidos en las listas de espera para trasplante de componentes anatómicos en igualdad de condiciones que los nacionales y extranjeros residentes.

A partir de los precedentes resultandos, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si el Instituto Nacional de Salud, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y el Hospital San Vicente de Paúl vulneraron los derechos fundamentales del señor Jordán Benedito Razzini a la igualdad, a la salud y a la vida digna, al negarle el trasplante de hígado que requería, bajo el argumento de que dada su condición de extranjero no residente en el territorio nacional solo se le puede efectuar el trasplante de órgano solicitado, en el momento en el que no existan receptores nacionales y extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

Cabe señalar que el procedimiento de trasplante de hígado que requería el señor Jordán Benedito Razzini fue realizado el 17 de mayo de 2011 por el Hospital San Vicente de Paúl en virtud de la orden dada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, el 27 de enero de 2011, dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia, con lo cual resulta inocuo proferir una orden al respecto. Sin embargo, esto no es óbice para que la Sala de Revisión determine si la decisión proferida por el juez de segunda instancia se ajusta a la Constitución Política de 1991 y a la jurisprudencia de esta Corporación.

A juicio de esta Sala, el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 no vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros no residentes en el territorio nacional, pues como se desprende de lo expuesto en el numeral 5 de las consideraciones, el trato diferente que consagra dicha disposición encuentra justificación en los artículos 13 y 100 de la Constitución Política de 1991.

Aunado a lo anterior, se advierte que la inclusión de extranjeros no residentes en el territorio nacional en las listas de espera para trasplantes de componentes anatómicos del país, vulnera los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes, pues como se explicó en la parte motiva de esta providencia, el proceso de asignación de dichos componentes a los pacientes se realiza de conformidad con unos criterios técnicos-científicos, dentro de los cuales se encuentra el turno en la lista de espera, sin embargo, en la mayoría de las veces, como sucede en el caso objeto de estudio, éste no es el criterio que define la asignación del órgano, ya que existen otros de mayor relevancia como el estado de salud del receptor.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala estima que la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, el 27 de enero de 2011, dentro del trámite de la referencia, según se desprende de lo reseñado en el punto 5 de las consideraciones generales no se ajusta a la Constitución Política de 1991 y a la jurisprudencia de la Corporación, en consecuencia revocará el fallo de instancia.

De igual manera, la Sala instará al Instituto Nacional de Salud, como Coordinador Nacional de la Red de Donación y Trasplante, para que en virtud de sus competencias legales emita una circular de procedimiento de acuerdo con las directrices sentadas en esta providencia.

## VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, 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), dentro del expediente de la referencia.

TERCERO.- INSTAR al Instituto Nacional de Salud como Coordinador Nacional de la Red de Donación y Trasplante para que en el término de (1) mes emita una nueva circular de procedimiento de acuerdo con las directrices sentadas en la presente providencia.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Salvamento parcial de voto

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

## SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-1088/12

Referencia: Sentencia T-1088 de 2012

Salvamento de voto al fallo proferido dentro de la 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.

Magistrado Ponente:

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito disentir parcialmente de la decisión adoptada por la Sala Cuarta de Revisión dentro del expediente de la referencia.

### 1. Contenido de la sentencia

1.1. En esta oportunidad la Sala de Revisión analizó la demanda de tutela instaurada por un ciudadano de nacionalidad brasileña, que reclamaba la protección de sus derechos fundamentales a una vida digna, a la salud y a la igualdad; vulnerados, a su juicio, por el Instituto Nacional de Salud, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y el Hospital San Vicente de Paúl.

1.2. Según el acápite de antecedentes del fallo, el actor padecía de cirrosis hepática alcohólica y presentó ciertas complicaciones en su estado de salud como ascitis, encefalopatías, peritonitis bacteriana y hemocromatosis, por lo que era necesario un trasplante de hígado para “garantizar su vida”. Así mismo, se tiene que su médico tratante en Brasil le sugirió acudir al Hospital San Vicente de Paúl de Medellín, puesto que en su país de origen las listas de espera para efectuar dicha intervención son muy largas y la tasa de donación muy baja.

Sin embargo, el centro médico se negó a autorizar el procedimiento al corroborar que

existían receptores nacionales y extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2493 de 200447 y en los conceptos proferidos por la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante (Instituto Nacional de Salud) sobre el tema.

Con base en lo anterior, solicitó inaplicar por inconstitucional tal norma, puesto vez que discrimina a los extranjeros no residentes en el territorio nacional. De igual manera, pidió que se practicara la intervención “en igualdad de condiciones que los colombianos, respetando únicamente los criterios técnico-científicos de asignación y selección”.

1.3. La acción de tutela le correspondió en primera instancia al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín que negó el amparo de los derechos fundamentales del actor, al estimar que la normatividad no implicaba un trato discriminatorio y que su fin era proteger los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes que se encuentran a la espera de un órgano.

Dicha decisión fue revocada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, que ordenó incluir al accionante en igualdad de condiciones en la lista de espera para trasplante de hígado, respetando los derechos preferentes, el turno de pacientes anteriores a él y siguiendo los protocolos médicos establecidos para este tipo de intervención. Lo anterior, al considerar que la disposición constituía una afrenta a los derechos fundamentales del accionante, cuya situación médica exija una intervención inmediata, sin importar su nacionalidad.

1.4. La Sala Cuarta de Revisión debatió si las entidades demandadas “vulneraron los derechos fundamentales del señor Jordán Benedito Razzini a la igualdad, a la salud y a la vida digna, al negarle el trasplante de hígado que requiere, bajo el argumento de que dada su condición de extranjero no residente en el territorio nacional solo se le puede efectuar el trasplante de órgano solicitado, cuando no existan receptores nacionales y extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004”.

Para resolver la cuestión planteada, la Sala comenzó por aclarar que la sola existencia de un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros no se podía considerar inadmisibles, debido a que la propia Constitución acepta la posibilidad de tratamientos diferenciados. En esa línea,

sostuvo que la medida no vulneraba el derecho a la igualdad de los extranjeros no residentes en el territorio nacional, sino que representaba una limitación legítima porque su fin era garantizar los derechos fundamentales de los pacientes nacionales y extranjeros residentes que se encuentran en las listas de espera y, a su vez, desincentivar el turismo de trasplante en el país<sup>48</sup>.

De esta manera, concluyó que la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia seguiría sujeta a que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, sin importar que la fecha de la certificación expedida por la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante al extranjero no residente sea anterior.

Con fundamento en ello y después de constatar que el trasplante ya había sido realizado, resolvió revocar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.

Adicionalmente, la Sala instó “al Instituto Nacional de Salud como Coordinador Nacional de la Red de Donación y Trasplante para que en el término de (1) mes emita una nueva circular de procedimiento de acuerdo con las directrices sentadas en la presente providencia”, al considerar que la inclusión de extranjeros no residentes en las listas de espera de trasplantes de órganos vulnera los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes, por cuanto en la mayoría de las veces el proceso de asignación de dichos componentes se da por criterios técnico-científicos distintos al turno de inscripción, como el estado de salud del receptor.

## 2. Motivos del salvamento parcial de voto

Aunque comparto la decisión de revocar el amparo concedido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, considero que no se ha debido ordenar al Instituto Nacional de Salud la expedición de una nueva circular que regulara la asignación de órganos.

Estimo que no existían elementos suficientes para concluir que el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 vulneraba los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes, ya que como se expuso en esta sentencia (acápito 5) el trasplante para extranjeros no residentes está supeditado a que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera.

Además, encuentro que ninguna de las entidades convocadas en sede de revisión sostuvo que la disposición promovía el turismo de órganos u otorgaba un trato privilegiado injustificado a los extranjeros no residentes. Por el contrario, con base en los documentos allegados, la Sala encontró que tal norma resultaba eficaz para desincentivar dichas conductas, por cuanto “en el informe anual de la Red de Donación y Trasplante, de mayo de 2012 se indicó 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 a la gestión realizada desde la Coordinación Nacional de Donación y Trasplantes en cumplimiento de la normatividad vigente.’ Así mismo, se aduce que ‘en el año 2011 se realizaron diez (10) trasplantes a receptores extranjeros no residentes en Colombia, lo que representa el 0.9% del total de trasplantes realizados en el año 2011, en el año 2010 se realizaron (17) trasplantes, lo que representó el 1,45%’”

Así las cosas, pienso que es contradictorio que se ordene proferir una nueva reglamentación para la prestación de servicios de trasplante a extranjeros, después de establecer que la normatividad actual es legítima y garantiza fines constitucionalmente válidos.

En los anteriores términos salvo parcialmente el voto respecto de los fundamentos de la presente decisión.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 Ver Folio 32. Enciclopedia Médica MedlinePlus Cirrosis: es la cicatrización y el funcionamiento deficiente del hígado. Es la fase final de la enfermedad hepática crónica.

2 Enciclopedia Médica MedlinePlus, Ascitis: es la acumulación de líquido en el espacio que existe entre el revestimiento del abdomen y los órganos abdominales (la cavidad peritoneal).

3 Enciclopedia Médica MedlinePlus, Encefalopatía hepática: es un empeoramiento de la función cerebral que ocurre cuando el hígado ya no es capaz de eliminar las sustancias tóxicas de la sangre.

4 Enciclopedia Médica MedlinePlus, Peritonitis bacteriana: es una infección grave.

5 Enciclopedia Médica MedlinePlus, Hemocromatosis: es la presencia de demasiado hierro en el cuerpo.

6 Ver Folio 48, MELD: Modelo para enfermedades terminales del hígado, consiste en una escala numérica, que va del 6 (menos enfermo) al 40 (gravemente enfermo) utilizada para candidatos mayores de 12 años que esperan recibir trasplante de hígado. Este sistema asigna a cada individuo una calificación (numero) basada en la urgencia con que necesita un trasplante de hígado dentro de los tres meses siguientes.

7 “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.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-1058 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

9 T-380 de 1998; M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-523 de 2003; M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-1058 de 2003; M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-070 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

10 M.P. Jaime Araújo Rentería.

11 C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

12 Ver Folio 45, Condición clínica del receptor que hace inmediato el trasplante de su órgano.

13 Ver Folio 45 “Urgencia Cero: condición clínica del receptor que hace inmediato el trasplante;

Electivo: condición clínica estable del receptor por lo que la asignación del órgano se determina de acuerdo a los criterios técnico-científicos y geográficos establecidos;

Receptor Activo: aquel paciente que se encuentra en lista de espera para trasplante y no

presenta ninguna causa que amerite su suspensión temporal de la lista.”

14 Ver Folio 46, Local: la Ips habilitada con programa de trasplante hepático en donde se encuentra el donante, es la responsable de realizar la extracción y trasplantar al mejor receptor de su lista de acuerdo con los criterios técnicos-científicos. En caso de no tener el receptor adecuado debe alertar inmediatamente y antes de la extracción, a la coordinación Regional de su área de influencia para que ésta lo distribuya entre la lista regional de turno. De no encontrarse el receptor adecuado en la lista regional se debe alertar a la Coordinación Nacional para que lo distribuya entre la lista nacional de turno. La Ips que va a trasplantar el hígado debe preferiblemente realizar el rescate del mismo.

15 Ver Folio 47, Grupo Sanguíneo Compatible; Edad, Peso, Talla, Tiempo en lista de espera y Modelo para enfermedad hepática terminal en adulto (MELD) y Modelo para enfermedad Hepática terminal en receptores menores de 14 años (PELD) según el caso.

16 12 de marzo de 2011: negada, asignación del órgano 12032011-041 a receptor de la lista nacional que ingresó el 3 de enero de 2011.

19 de marzo de 2011:negada

29 de abril de 2011: negada, donante 01052011-78 asignado a receptor de la Cardio Infantil en Bogotá que ingresó a la lista de espera, el 14 de agosto de 2009.

17 de mayo de 2011: autorizado por deterioro progresivo, asignación del hígado del donante 1020453419.

17 Requisitos: formulario de solicitud debidamente diligenciado, pasaporte vigente en buen estado con mínimo 2 hojas en blanco, 2 fotografías recientes tamaño 3x3cms en fondo blanco, sello de entrada por parte del DAS o copia de la visa, según el caso, certificado del médico indicando el tratamiento y término del mismo, refrendado por la institución médica correspondiente, documento que acredite la solvencia económica del solicitante, fotocopia o información electrónica de los pasajes de salida del país .

18 Decreto 2493 de 2004 artículo 40.

19 Circula Externa No. 20963 de 2011.

20 En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T-269 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería.

21 Decreto 2493 de 2004 “Trasplante: es 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 sano procedente de un donante vivo o de un donante fallecido.”

22 Decreto 2493 de 2004 “Componentes anatómicos: son los órganos, tejidos, células y en general todas las partes vivas que constituyen el organismo humano.”

Parágrafo: Sólo se podrá autorizar la utilización de los elementos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, consentimiento de los deudos o abandono del cadáver.

24 “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.”

25 Gaceta del Congreso de la República # 675 de 2003.

26 Resolución No.3199 de 1998, Resolución No.3200 de 1998, Resolución No.2640 de 2005, Resolución No.5108 de 2005, Resolución No. 214 de 2005, Resolución No.1043 de 2006, Resolución No. 2279 de 2008, Resolución No. 3272 de 2011.

27 Circular Externa No. 20963 de 2011, Circular Externa No. 20971 de 2011, Circular Externa No.063 de 2012, Circular Externa No.068 de 2012.

28 Decreto 2493 de 2004 Red de donación y trasplantes: es un sistema de integración de los Bancos de Tejidos y de Médula Ósea, Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud habilitadas con programas de trasplante o implante, Instituto Nacional de Salud, Direcciones Departamentales y Distritales de Salud y demás actores del sistema para la coordinación de actividades relacionados con la promoción, donación, extracción, trasplante e implante de órganos y tejidos con el objeto de hacerlos accesibles en condiciones de calidad, en forma oportuna y suficiente a la población siguiendo los principios de cooperación, eficacia, eficiencia, equidad y solidaridad.

29 Decreto 2493 de 2004 Receptor: es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan o implantan

componentes anatómicos.

30 Decreto 2493 de 2004 Lista de espera: 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.

31 Compatibilidad de grupo, medidas antropométricas, estado clínico del receptor, tiempo en lista de espera.

32 Decreto 2493 de 2004 Programa de trasplante: es el conjunto de procesos y procedimientos que se realizan por la institución prestadora de servicios de salud con el objeto de obtener, preservar, disponer y trasplantar componentes anatómicos.

33 En Colombia, existen 6 Coordinaciones Regionales de la Red de Donación y Trasplante ubicadas en Bogotá, Medellín, Cali, Bucaramanga, Barranquilla y Neiva.

34 Decreto 2493 de 2004 Donante: es la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante o implante en otra persona, con objetivos terapéuticos.

35 "Solicitud dirigida al Instituto Nacional de Salud en idioma español, en el que se registre: 1) Fecha de solicitud, 2) Nombre Completo, 3) Tipo y Número de Documento de Identidad del país de origen, 4) Número de pasaporte con fecha de expedición y tiempo de vigencia, 5) Dependiendo del país de origen Visa de Salud y tiempo de vigencia y/o nota de ingreso al país certificada por el DAS en la que conste que su ingreso es para tratamiento médico relacionado con trasplante, 6) Tipo de trasplante que solicita, 7) Grupo sanguíneo, 8) Resumen de la historia clínica de la atención médica en su país y remisión para trasplante en Colombia por parte de su médico tratante, 9) Copia de la solicitud del trasplante a las autoridades sanitarias del país de origen y copia del concepto o respuesta de dicha autoridad, 10) Visto bueno para la solicitud de un trasplante en Colombia por parte de la entidad que haga las veces de Organización Nacional de Trasplantes del país de origen, 11) Documento que acredite la entidad que realizará el pago del trasplante solicitado, 12) Declaración del paciente en la cual declare que su solicitud para trasplante en Colombia no está ligada al turismo de trasplantes como tampoco al tráfico de órganos y que no existe

intermediación para la solicitud y trámite de su trasplante en el país, 13) En concordancia con lo establecido en el párrafo 10 del artículo 32 de la ley 1438 del 19 de enero de 2011 presentara el seguro médico o Plan Voluntario de Salud que garantice su atención en trasplantes en el país.”

36 Sentencias C-395 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería., C-768 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-1259 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

37 Sentencia C-768 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

38 *Ibíd.*

39 Sentencia C-179 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

40 Sentencia C-1024 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

41 Sentencia C-768 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

42 Ver al respecto la sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

43 Corte Constitucional, sentencia C-768 de 1998; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; salvamento de voto de José Gregorio Hernández, Antonio Barrera Carbonell, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz, por no estar de acuerdo con la resolución del caso.

44 Diccionario de la Real Academia Española, Habitar: vivir o morar.

45 Diccionario de la Real Academia Española, Residir: estar establecido en un lugar.

46 ARTÍCULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1.

Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 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; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituídas para mantener la independencia y la integridad nacionales. 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

47 “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.”

48 Para llegar a esta conclusión, verifiqué la existencia de una diferencia entre los supuestos de hecho, un fin válido constitucionalmente que explica la diferencia de trato, y la eficacia de la relación entre los supuestos de hecho, la norma y el fin.