

Sentencia T-269/08

ACCION DE TUTELA-Legitimación de los extranjeros para instaurarla

DERECHO A LA SALUD-Marco normativo de transplante de órganos

DERECHO A LA SALUD-Trasplante hepático a extranjero no residente en territorio nacional

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:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil ocho (2.008)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JAIME ARAÚJO RENTERÍA, MANUEL JOSÉ CEPEDA y JAIME CORDOBA TRIVIÑO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

que pone fin al trámite de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín de 28 de mayo de 2007 y por la Sala Civil del Tribunal Superior de ese mismo Distrito Judicial de 6 de julio de 2007, dentro de la Acción de Tutela seguida por Teodora Irene Seligmann Klein contra el Hospital Pablo Tobón Uribe con vinculación oficiosa de la Dirección Seccional de Salud del Departamento de Antioquia.

Funda la parte actora, el petitum de su escrito tutelar en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Los hechos.

Informa la accionante, portadora del pasaporte ecuatoriano No 1702433788, que padece de

cirrosis, por tanto requiere trasplante hepático, según se le diagnosticó por el personal médico especializado del Hospital Pablo Tobón Uribe, que le recomendó dicho procedimiento como única alternativa para mejorar sus condiciones de vida.

Fue por ello, que se hizo inscribir en el programa de trasplante del Hospital accionado. Sin embargo, el Hospital condiciona el servicio requerido, de conformidad con lo que al respecto señala el artículo 40 del decreto 2493 de 2004 relativo a la prestación de servicios de trasplante o implante a extranjeros no residentes en Colombia.

Indica que, el condicionamiento que hace la entidad acusada con fundamento en la citada disposición, implica 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 de salud le merece, máxime si se tiene en cuenta que es una persona de la tercera edad, al contar con 63 años de vida.

## 2. Las pretensiones.

La actora presentó recurso de amparo solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la igualdad. Así mismo y como corolario de lo anterior requiere que se 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 de hígado que requiere.

## 3. La intervención de la entidad accionada.

En respuesta a lo ordenado por el Juzgado de la Causa, luego de admitir la acción de tutela de la referencia mediante proveído de mayo 4 de 2007, el Hospital Pablo Tobón Uribe por intermedio de su representante legal describió el traslado argumentando que, después de evaluar a la paciente y de realizar los exámenes de protocolo pretransplante, se consideró que por su situación médica actual su única alternativa terapéutica por el alto riesgo que tiene de fallecer y por su mala calidad de vida, es el TRANSPLANTE DE HÍGADO, por lo cual se ingresó a la lista de espera.

No obstante, señala la entidad que luego de que se cumpliera con lo dispuesto por la

normativa que regula la materia, la señora Seligmann Klein fue inscrita como extranjera ante la Red Nacional de Donación y Transplante y aunque ha habido donantes en la última semana compatibles con la paciente, no se ha podido realizar el procedimiento por cuantos los órganos disponibles se han utilizado prioritariamente en nacionales, independientemente de que su condición clínica se encuentre tan comprometida.

Igualmente, manifiesta el ente hospitalario al descorrer el traslado que el Coordinador Regional de Antioquia no ha dado autorización a los médicos tratantes del hospital, para efectuar el transplante reclamado por la accionante

#### 5. Intervención de la entidad vinculada oficiosamente.

Notificada en debida forma la entidad vinculada al trámite de tutela, ésta recorrió el respectivo traslado en la oportunidad correspondiente, según aparece en el memorial visible a folios 46-48 del expediente.

Manifestó en el escrito de defensa la Seccional Salud de Antioquia por intermedio de su director que de acuerdo con su base de datos, la señora Teodora Seligmann Klein no es beneficiaria del régimen subsidiado, ni está vinculada al sistema de salud a través del SISBEN, requisito esencial para acceder a los servicios de salud que brinda esa Dirección Seccional, entidad que tiene la función legal de garantizar y financiar las atenciones de segundo y tercer nivel para la población vinculada de los niveles 1,2 y 3 de pobreza del Departamento, que no estén afiliados a régimen excepcional, contributivo ni subsidiado.

Una interpretación diferente, desconocería el ámbito de competencias de la entidad, configurándose una extralimitación en el ejercicio de sus funciones e implicaría una violación al principio de legalidad, pudiendo incurrir inclusive, en el delito de prevaricato por aplicación oficial diferente.

Remata su defensa indicando que se les debe exonerar de toda responsabilidad pues resulta claro que autorizar y asumir la cirugía requerida por la paciente no le corresponde a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia; por lo tanto, el problema sobre el cual gira la acción de la referencia es frente a la aplicación del Decreto 2493 de 2004 por parte del

Hospital Pablo Tobón Uribe, siendo este Centro de Salud a quien le corresponde priorizar según los lineamientos legales y técnico - científicos a la paciente para la práctica del transplante requerido.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

### 1. Primera Instancia.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, mediante sentencia de 28 de mayo de 2007, resolvió TUTELAR los derechos esgrimidos como violados por la señora Seligmann Klein, disponiéndose que la Coordinación Regional de la Red de Donación y Transplante adscrita a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en un término de 48 horas adelante las gestiones necesarias para autorizar el Transplante de Hígado a la accionante en consideración a que ya se agotó lo relativo a práctica de pruebas diagnósticas y científicas en donde se determinó que es la única posibilidad de tratamiento. Igualmente se ordenó que el Hospital Pablo Tobón Uribe una vez autorizado el trasplante, realice en el menor tiempo posible dicho procedimiento con el fin de salvaguardar su integridad personal.

Fundamentó el Órgano Judicial de instancia su decisión, luego de hacer un análisis sobre la vocación con que se diseñó la acción de tutela y la naturaleza constitucional del derecho a la salud.

Igualmente y en punto a las restricciones que sobre el tópico de la prestación de servicios de transplante o implante de órganos a extranjeros no residentes en Colombia contempla el artículo 40 del decreto 2493 de 2004, señaló dicha agencia judicial: “El sano entendimiento de la norma, entiende este Despacho que el condicionamiento establecido, es que el transplante que requiera una persona extranjera no residente en Colombia si es posible, siempre y cuando haya concepto emitido por personal especializado en la materia de la necesidad del mismo como la mejor opción disponible en territorio nacional, para recuperar o mejorar la calidad de vida y la condiciones de su salud, sino también, que sus condiciones generales de salud le permitan afrontar el procedimiento sin riesgos adicionales a los que este tipo de procedimientos suele conllevar y de los cuales se debe advertir al paciente previamente, para que de dar su consentimiento, se esté ante un consentimiento informado; la disponibilidad de órgano apto a transplantar, y de que en el momento en que se haga la solicitud a la IPS especializada en ello, no se encuentran otras personas nacionales o

extranjeras residentes en Colombia en lista regional o nacional en espera del mismo, esto es, receptores potenciales que ya se les haya efectuado el protocolo pertinente para el transplante y se encuentren pendientes de ello”.

Consideró el Juzgado de Conocimiento finalmente que, según comunicación suscrita por la Jefe de la Sección de Apoyo a pacientes internacionales y de transplante del Hospital Pablo Tobón Uribe, se confirmó que dicho centro de salud cuenta con los medios técnicos y científicos para realizar el transplante hepático, además que frente a acciones públicas como lo es el recurso de amparo la legitimación recae en toda persona sin distinción alguna siempre que se encuentre en el territorio colombiano.

## 2. La Impugnación.

La Coordinación Regional de Transplante de Antioquia, recurrió la providencia dictada por el Juzgado de primer grado. Manifestó para el efecto que es cierto que la actora fue evaluada por el personal médico del Hospital Pablo Tobón Uribe, recomendándole como única alternativa para mejorar su supervivencia es transplante hepático.

La señora Teodora está inscrita en lista de espera del Nivel Nacional desde el 26 de abril de 2007, es decir, que la red regional y nacional de transplante frente al derecho a la igualdad, ha permitido que esta usuaria esté inscrita en lista de espera, situación en la que se encuentran al 28 de mayo de 2007, 57 personas en el país, de las cuales hay 12 colombianos en Antioquia y 3 extranjeros. De suerte que no puede aducirse que se le ha dado un tratamiento discriminatorio.

Igualmente argumenta, que el doctor Gonzalo Correa, médico tratante de la usuaria “declaró en el proceso de tutela página 5 de la sentencia 117, que el estado de salud de la señora es crítico, grave, que en cualquier momento puede presentar complicaciones adicionales, siendo el riesgo de muerte muy alto. No se comprende sí esta declaración obedece a circunstancias objetivas, porque no la ha reportado como urgencia cero, situación que permite garantizarle el primer órgano que aparezca en el país, sin necesidad de un proceso de tutela”.

## 3. Segunda Instancia.

Señala el Juez Colegiado de segunda instancia que si bien existe en Colombia una igualdad jurídica que se predica de todas las personas titulares de derechos subjetivos, no menos cierto es que, según la normativa que gobierna la materia, los extranjeros no pueden llegar al territorio nacional únicamente a obtener la prestación del servicio de transplante de órgano; aspiración que logrará consumación en un único evento, esto es, que no existan receptores en lista de espera.

### III. LAS PRUEBAS RELEVANTES QUE SE ARRIMARON A LA ACTUACIÓN.

Se tuvieron como tales las siguientes:

a. Copia del pasaporte ecuatoriano de la accionante No 1702433788 (folios 2,3).

a. Certificado sobre existencia y representación legal del Hospital Pablo Tobón Uribe (folio 13).

a. Carta del nombrado Centro Hospitalario, calendada 27 de abril de 2007 dirigida a Teodora Irene Seligmann Klein, en la cual condiciona el procedimiento quirúrgico a que no existan pacientes colombianos en turno para transplante (folio 4).

a. Copia del Diario Oficial en el cual se publicó el Decreto que invoca el Hospital (folios 6-12).

a. Certificación expedida por el Hospital Pablo Tobón Uribe de 27 de abril de 2007, en la que se hace constar por el Coordinador Grupo Transplante Hepático doctor Gonzalo Correa que la actora, “debido a cirrosis autoinmune avanzada y que por haber presentado como complicaciones: ascitis, encefalopatía recurrente y compromiso nutricional severo, requiere

TRANSPLANTE HEPATICO como única alternativa para mejorar su sobrevida” (folio 5).

#### IV. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

##### 1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas en precedencia.

##### 2. El asunto bajo revisión.

En el caso sub-lite, presentó la señora Teodora Irene Seligmann Klein acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la igualdad. Igualmente y como consecuencia de ello, requiere que se 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 de hígado que requiere.

Habida cuenta de lo anterior, para resolver el caso materia de estudio, la Sala expondrá: (i) La legitimación de los extranjeros para adelantar acciones de tutela; (ii) La regulación del trasplante y donación de órganos y la protección constitucional del derecho a la salud. (iii) Por último se referirá la Corte al caso concreto y determinará así, si existió o no violación de alguna garantía fundamental.

##### 3. Legitimación de los extranjeros para promover acciones de tutela.

El artículo 86 superior consagra en favor de “toda persona” 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 o su preservación ante los jueces de la República. A su turno, el artículo 100 Superior, otorga a los extranjeros “los mismos derechos civiles” que se conceden a los nacionales.

Según las citadas disposiciones, 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>1</sup>.

Lo dicho armoniza con el principio general consignado en el artículo 100 de la Constitución, a cuyo tenor los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales, al paso que “los derechos políticos se reservan a los nacionales”.

Y es que, cómo ya lo ha dicho esta Corte, los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas, ora naturales, ora jurídicas. Ello, por cuanto los derechos subjetivos merecen el amparo para todos los individuos, y lejos de estar subordinado, es completamente ajeno al criterio de la nacionalidad y al de la ciudadanía, como lo es también a cualquier forma discriminatoria, según resulta del principio de igualdad (artículo 13 C.N.), de los fines esenciales del Estado y del papel de las autoridades (artículo 2 C.N.)<sup>2</sup>.

“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. (...)” (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior en cuanto a la habilitación que tienen en nuestro sistema los extranjeros para hacer uso de esta herramienta constitucional. Al mismo tiempo debe decirse, 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.

Recordemos que los derechos humanos, categoría genérica dentro de la cual se hallan los derechos fundamentales, representan históricamente la razón última del constitucionalismo moderno, cuyo origen no puede entenderse sin la proclamación de los mismos por el mundo de occidente, desde 1789. Así, tienen los derechos llamados fundamentales una validez universal que no conoce de fronteras, por su carácter de inherente al ser humano, ya que la fuente la constituye precisamente “la dignidad del individuo”. Ello le garantiza a esta

categoría de derechos, el que sean irrenunciables, imprescriptibles e inalienables<sup>3</sup>.

#### 4. Regulación del trasplante de órganos y la protección constitucional del derecho a la salud en Colombia.

Se entiende por trasplante el cambio de ubicación espacial de un órgano hacia un sujeto distinto del originario, con el fin de mantener las funciones del órgano desplazado, en el organismo receptor.

En nuestro sistema, la normativa que gobernó en sus inicios el trasplante y donación de órganos, se encuentra en la ley 9ª de 1979 que se refiere en general a medidas sanitarias y, para lo que aquí nos interesa, en el título IX sobre “defunciones, traslado de cadáveres. inhumación y exhumación, trasplante y control de especímenes”, se reglamenta lo concerniente a la donación, traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos.

Por su parte, la ley 73 de 1988, por virtud de la cual se adiciona la normativa señalada, indica en su artículo 3º: “La extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos, podrá realizarse en los siguientes casos:

a) Mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, para su implantación inmediata; b) Mediante donación formal de todos o parte de los componentes anatómicos de una persona, hecha durante la vida de la misma pero para que tenga efectos después de su muerte, con destino a su implantación inmediata o diferida; c) Mediante presunción legal de donación, de conformidad con el artículo 2º. de esta Ley”<sup>4</sup>.

La 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, consagró en su artículo 1º: “La donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos.

Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico. Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo, o recibir algún tipo de compensación”

Igualmente encontramos, el decreto 2493 de 2004, por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988. Tuvo por objeto el mencionado decreto: regular la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante o implante de los mismos en seres humanos<sup>5</sup>.

En lo que respecta a la prestación de servicios de trasplante o implante a extranjeros no residentes en Colombia, señala el artículo 40 de la reglamentación que se comenta: “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”.

Frente a las dificultades que advierte el tema de la donación y transplante de órganos, tuvo la Corte la oportunidad de manifestarse, en sentencia C-813 de 2003, para lo cual dijo:

“ Así, y sin que la lista sea exhaustiva, la Corte reseña algunos problemas éticos que suscita la donación para transplantes de órganos y tejidos. Algunos interrogantes tienen que ver con quienes son aptos para donar: así surge la pregunta sobre si puede o no permitirse que los menores realicen la donación de algún órgano para un transplante. En ese caso ¿a quien

corresponde la decisión?<sup>6</sup> ¿Puede autorizarse que las personas presas puedan donar algunos de sus órganos, como por ejemplo un riñón, y que dicha donación pueda servir para compensar parcial o totalmente una pena?<sup>7</sup>

En otros eventos, las preguntas están asociadas a la libertad del consentimiento para donar o recibir transplantes. Por ejemplo, ¿puede utilizarse como criterio válido para poder tomar órganos de una persona muerta el hecho de que ésta no haya objetado en vida a ese procedimiento (consentimiento presumido)<sup>8</sup>? O, por el contrario, ¿debe haber habido una manifestación expresa de esa persona que autorizaba el transplante en caso de fallecer? ¿O corresponde esa decisión a los familiares de la persona fallecida? ¿Podrían esos familiares negar un transplante, cuando la persona en vida lo había autorizado? ¿Podría considerarse que, debido a la escasa oferta de órganos para transplante, la sociedad en general, y las personas que requieren transplante en concreto, tienen derecho a remover los órganos de un cadáver, incluso si la persona en vida se había opuesto a esa práctica<sup>9</sup>.

Visto el anterior marco normativo que en nuestro medio disciplina lo relativo a donaciones y transplante de órganos, hay que decir que dichos procedimientos suponen, el mejoramiento en el organismo de un sujeto distinto de aquél 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.

Pues bien, recordemos que el derecho a la salud como el de la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos, que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos en sí mismos, a través del recurso de amparo y con mayor razón cuando, como consecuencia de su vulneración se atente contra derechos que tengan la categoría de fundamentales.<sup>10</sup>

En efecto, con relación a las mencionadas garantías, ambas de la llamada segunda generación de los derechos humanos, ha dicho esta Corporación:

“El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración

puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.<sup>11</sup>”

Obsérvese que esta Corporación,<sup>12</sup> ha sido reiterativa al afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se advierta la presencia de ciertas anomalías en el organismo, se pone en peligro la dignidad personal, de manera que es entendible que el paciente tenga derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias y buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad<sup>13</sup>.

Así las cosas, la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida, tantas veces pregonada por esta Corte, debe enmarcarse dentro del contexto de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento constitucional, por lo cual los riesgos contra la vida no pueden entenderse exclusivamente en un estricto sentido formal. Por ello, la jurisprudencia constitucional sobre este aspecto ha determinado que la protección de la vida no responde a una definición limitada a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo únicamente en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva, caso en el cual el apremio de la protección es mayor. Así, el concepto de vida obedece a una idea más amplia que desborda la noción llana y limitada de la simple existencia.

## 5. Del caso concreto.

5.1 En la materia que ocupa el análisis de la Sala, la actora, en su condición de extranjera no residente en Colombia presentó acción de tutela solicitando la protección de sus derechos constitucionales a la vida y a la igualdad, para lo cual solicita que se conmine al Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín a que no pueda invocar la condición de que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera para practicarle el transplante de hígado que requiere.

Frente a la tutela por esas razones pretendida, el Juez de primera instancia concedió el amparo deprecado, para lo cual ordenó a la Coordinación Regional de la Red de Donación y

Transplante adscrita a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, que en un término de 48 horas adelante las gestiones necesarias para autorizar el Transplante de Hígado a la accionante en consideración a que ya se agotó lo relativo a práctica de pruebas diagnósticas y científicas en donde se determinó que es la única posibilidad de tratamiento. Igualmente se ordenó que el Hospital Pablo Tobón Uribe una vez autorizado el trasplante, realice en el menor tiempo posible dicho procedimiento con el fin de salvaguardar su integridad personal.

Por su parte, el ad-quem revocó el fallo de primer grado y en su lugar denegó la acción de tutela incoada.

5.2 Pues bien, en una introducción al problema de fondo en el asunto de la referencia, debe decirse, para destacar, que nada más claro resulta para esta Corporación que el deterioro progresivo en la salud de la señora Seligmann Klein la está abocando a la muerte.

Basta ver para el efecto el cuadro clínico que presenta la ciudadana del vecino país del Ecuador. De ello da cuenta verbigracia, la certificación visible a folio 5 del expediente de 27 de abril de 2007 suscrita por el doctor Gonzalo Correa A., Internista-Hepatólogo, Coordinador del Grupo de Transplante Hepático, del centro hospitalario accionado en la que informa que la paciente que aquí funge como actora, debido a una cirrosis autoinmune avanzada y que por haber presentado como complicaciones: ascitis, encefalopatía y compromiso nutricional severo, requiere TRANSPLANTE HEPÁTICO como única alternativa para mejorar su vida.

Es más, y en un informe mucho más detallado donde se especifica la magnitud de la forma en que está comprometida la salud y vida de la accionante, señaló el mismo facultativo en declaración jurada rendida ante el Juzgado de la primera instancia (folios 56-58), que la solicitante fue remitida al programa de pacientes del Hospital Pablo Tobón Uribe por el doctor Juan José Suarez, médico gastroenterólogo y hepatólogo del Ecuador, quien la remitió porque la actora tiene una cirrosis de origen auto-inmune, esto es, que el sistema de defensa empieza a atacar los órganos del propio cuerpo, porque los deja de reconocer como propios y los destruye.

Ello, le ha generado como complicaciones las siguientes: (i) encefalopatía: que es una irregularidad del sistema nervioso central; (ii) asitis: que consiste en una acumulación del líquido del abdomen; (iii) coagulo pátia: o lo que es lo mismo, trastorno de la coagulación

por mala función del hígado; (iv) enfermedad ósea avanzada como consecuencia de la osteoporosis asociada a su enfermedad hepática y, (v) desnutrición.

5.3 Por otra parte y en lo que a la regularidad con que se han realizado todas las gestiones y trámites médicos y administrativos para acceder al transplante, no existe ningún reparo al respecto. Así, la paciente fue evaluada por el grupo de transplante, conformado por los doctores Sergio Hoyos Duque, Carlos Guzmán Luna y los clínicos Juan Carlos Restrepo Gutiérrez y Gonzalo Correa Arango, quienes luego de proceder con la evaluación correspondiente, estuvieron de acuerdo con el dictamen del especialista ecuatoriano Dr. Juan José Suárez.

Con base en ello, fue precisamente que la doctora Gloria Lucía Lema Z, en su calidad de Jefe Sección Apoyo Pacientes Internacionales y de Transplante del Hospital Pablo Tobón Uribe comunicó a la accionante mediante misiva de 27 de abril de 2007 (folio 4) que el Hospital “cuenta con los medios técnicos y científicos necesarios para realizar el transplante hepático (...)”

Con esa finalidad, sin embargo, deberá tenerse en cuenta para la realización del procedimiento:

- a.- Que en opinión del personal médico especializado la paciente se encuentre apta para afrontar el procedimiento;
- b.- Que se tenga disponibilidad de un órgano apto para ser transplantado; y
- c.- Que de conformidad con lo exigido por el artículo 40 del decreto 2493 de 2004, “no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera”.

En este orden, puede apreciarse que en este caso la señora Seligman Klein cumplió satisfactoriamente todo el protocolo de revisión pre-transplante, en el que se evaluó el estado de otros órganos: pulmones, corazón, riñones, se descartaron procesos infecciosos y, no encontrándose contraindicación para el procedimiento, se ingresó a la lista de pacientes activados para transplante, pues dicha paciente se halla debidamente inscrita en el Software de la Red Nacional de Transplantes de la cual hace parte la Coordinación Regional de

Antioquia.

Al mismo tiempo, la paciente como su familia, está plenamente informada de la gravedad que arrojó su patología y, tanto ella como su esposo e hijos dieron la autorización para que se adelante la intervención quirúrgica.

Nótese que la pretensión consistente en obtener la cirugía de transplante hepático, se ha ajustado a la más estricta legalidad, tal como pudo establecerse con las pruebas testimoniales decretadas por el Juzgado. No podría llegarse a otro colofón luego de analizadas las pruebas arrojadas y practicadas en su debida oportunidad.

En primer lugar, el escrito de tutela NUNCA niega respecto de la actora, su condición de extranjera no residente en Colombia; en segundo orden, la deposición del Internista - Hepatólogo, Coordinador Grupo Transplante Hepático del Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, da cuenta también, de todos los trámites previos que se han adelantado y que permitieron concluir la URGENCIA de que se realice el transplante al punto de que, en términos de porcentaje, llegó a manifestar que sus probabilidades de vida en un período de un año son: 90% sí se le practica el transplante y de 20% si aquél no se realiza. En tercer lugar, del testimonio del señor Cesar Augusto Ceballos León, cónyuge de la señora Seligman Klein, rendido ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, se verifica que están de paso en Medellín (Colombia) y que vinieron única y exclusivamente por la salud de su esposa, teniendo en consideración que Ecuador no cuenta con la tecnología y los avances de la medicina colombiana, de ahí que arrendaron un apartamento en esa ciudad a fin de adelantar todos los trámites necesarios para obtener el transplante (folio 45).

Ello entonces, amén de suponer un apego a la legalidad, entendida como el agotamiento de todas las diligencias previstas en la ley, el reglamento y las exigencias del Hospital, también ha sido una conducta que consulta los dictados de la bona fides, principio general elevado como muy pocas Constituciones del mundo a norma constitucional en el artículo 83 superior<sup>14</sup>.

5.4 Ahora bien y en punto al tópico que en últimas ha motivado la iniciación del recurso de amparo, en lo relativo a la presunta violación del derecho a la igualdad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 del decreto 2493 de 2004 “por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes

anatómicos”, observa la Sala que, ciertamente, a la luz de las circunstancias fácticas analizadas y solamente en consideración a ellas, puede producirse dicha violación.

Veamos:

Dispone textualmente la norma en cita:

“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”.

Recordemos que la Constitución Política de 1991 regula en su Título III lo concerniente a los habitantes de Colombia, de cuya lectura se advierte la existencia de por lo menos tres categorías, los nacionales (Arts. 96 y 97 C.P.), los ciudadanos (Arts. 98 y 99 C.P.) y los extranjeros<sup>15</sup> (Art.100 C.P.).

El inciso primero del artículo 100 de la Carta, establece que los extranjeros disfruten en Colombia de los mismos derechos civiles y garantías que se conceden a los nacionales, salvo las limitaciones que se establezcan en aquélla o en la ley. Por tanto, es deber del Estado colombiano y por ende de sus autoridades proteger los derechos fundamentales del extranjero así como garantizarlos de forma efectiva (Art. 2 C.P.).

Frente a las circunstancias materia de examen, a juicio de la Sala, la situación es en principio

la misma respecto de todos los individuos que concurren para obtener el trasplante porque todos los afectados en su salud con mayor o menor gravedad están procurando que se les incluya en la lista, participando en una situación de igualdad.

No obstante, la norma cuya constitucionalidad se discute advierte en una manera abstracta una diferenciación que se predica de la condición de nacional o extranjero que en principio, no parece tener reparo. Pero si en concreto se mira lo señalado en esa disposición, además reglamentaria de unas leyes, se advierte que la prestación de servicios de trasplante de órgano, cuando se trata de un sujeto EXTRANJERO NO RESIDENTE en Colombia, se halla condicionada, o aún más, limitada, a que 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.

5.5 Entonces, si bien existe en nuestro derecho un sistema de turnos, edificado sobre la base de una racionalización del servicio y con fundamento en aquél adagio primero en el tiempo primero en el derecho, dicho criterio, en línea de principio, serviría para resolver problemas de igualdad utilizando un criterio juicioso: el tiempo.

Con todo, en este caso particular brota como evidente la necesidad de un trato diferenciado, pues existe una justificación OBJETIVA y RAZONABLE que lo exige: la inminencia de muerte de la señora Seligmann Klein, lo que reclama una aplicación que no sea horizontal respecto del derecho al trato uniforme.

Es esta, una conclusión a la que llega la Corte luego de considerar igualmente, el testimonio del doctor Gonzalo Correa Arango, (folio 57 vuelto) profesional de la salud tantas veces citado, respecto del siguiente cuestionamiento formulado por el Juzgado de Conocimiento: “sírvese indicar el estado de gravedad de la salud de esta paciente mirado frente a los pacientes que se encuentran o se encontraban en lista de espera para realización de trasplante”, a lo que contestó el Internista-Hepatólogo: “De nuestra lista de espera del último mes, es la paciente con mayor deterioro físico o médico, y con mayor necesidad del trasplante” (negrilla fuera de texto).

Habida cuenta de lo anterior, no queda el menor asomo de dubitación que, respecto de los pacientes en lista de espera, es la persona con mayor urgencia de trasplante, y es precisamente esa urgencia la que la ubica en una situación de preferencia frente al resto, sin

consideración, ni siquiera, a la existencia de receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera.

Así, pese a la validez de la NORMA REGLAMENTARIA que disciplina la materia, en verdad, la aplicación indistinta del supuesto contenido en el artículo 40 del decreto 2493 de 2004 conduciría al extremo de ignorar la urgencia y el apremio de quien estando en lista en un turno posterior, so pretexto de darle desarrollo a la mencionada limitación se violen mandatos superiores, máxime si se considera que los derechos constitucionales fundamentales o de primera generación de los derechos humanos -destacados por el momento histórico en que fueron reconocidos y por la manera en que afectan al individuo- no conocen fronteras y están más allá del vínculo político de un sujeto con su Estado, como se halla implícito en el concepto de nacionalidad.

La protección de los derechos constitucionales fundamentales se predica de todas las personas, por así disponerlo el artículo 86 de la Constitución Política, concepto aquél que tiene más de 120 años de vigencia en nuestra historia jurídica, 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.

Considerando las razones precedentes, debe prosperar la protección reclamada por este carril constitucional como así se dispondrá.

5.6 Finalmente, la orden será impartida al Hospital Pablo Tobón Uribe, de Medellín, que ya manifestó que cuenta con los medios técnicos y científicos para el transplante requerido (folio 4) sin que sea necesario que se emita por parte de la Coordinación de la Red del Nivel Regional Antioquia la certificación de que trata el artículo 40 del decreto 2493 de 2004 para que las IPS con programa de trasplantes efectúen procedimientos de trasplante o implante a extranjeros no residentes en territorio nacional; certificación que consiste en dar cuenta de “ la no existencia de receptores en lista de espera nacional(...)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”

5.7 En virtud de lo hasta aquí dicho, dispondrá la Sala revocar la sentencia de julio 6 de 2007, dictada por el Tribunal Superior de Medellín y en su lugar se concederá la tutela de los derechos fundamentales invocados, y se ordenará a la IPS, Hospital Pablo Tobón Uribe de

Medellín que en un término de 48 horas inicie las gestiones necesarias para que realice en el menor tiempo posible el procedimiento consistente en el Transplante de Hígado a la señora Teodora Irene Seligmann con el fin de salvaguardar su vida e integridad personal, teniendo en cuenta que ya se agotaron todos los requisitos médicos y administrativos necesarios, para lo cual deberá suscribirse previamente el contrato sobre la prestación de servicios entre la institución y el receptor en los términos del artículo 40 del decreto 2493 de 2004.

#### V. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR, la sentencia de julio 6 de 2007, dictada por el Tribunal Superior de Medellín-Sala Civil, dentro de la Acción de tutela interpuesta por Teodora Irene Seligmann Klein contra el Hospital Pablo Tobón Uribe con vinculación oficiosa de la Dirección Seccional de Salud del Departamento de Antioquia, disponiendo en su lugar CONFIRMAR la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín de 28 de mayo de 2007, en cuanto a la ordenación de amparar los derechos fundamentales invocados.

SEGUNDO: ORDENAR a la IPS, Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín que en el perentorio término de 48 horas contados a partir de la notificación del presente proveído inicie las gestiones necesarias para que realice en el menor tiempo posible el procedimiento de Transplante de Hígado a la señora Teodora Irene Seligmann de conformidad con lo ordenado por su médico tratante, con el fin de salvaguardar su vida e integridad personal, teniendo en cuenta que ya se agotaron todos los requisitos médicos y administrativos necesarios, para lo cual deberá suscribirse previamente el contrato sobre la prestación de servicios entre la institución y el receptor en los términos del artículo 40 del decreto 2493 de 2004.

TERCERO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia Corte Constitucional T-380 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

2 Sentencia T-172 de 1993

3 Según el artículo 5º de la Constitución Política, “el Estado reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”

4 Artículo 2º. 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 a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

5 El artículo 2º de la normativa contenida en el Decreto 2493 de 2004, definió como sigue el término “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”.

6 Sobre algunos problemas éticos y jurídicos que suscita la donación por menores, ver, entre

otros, ver de la American Medical Association el documento E-2. 67 “The Use of Minors as Organ and Tissue Donors” consultado en Internet en [www.ama-assn.org/ama/pub/category](http://www.ama-assn.org/ama/pub/category)

7 Ver al respecto, L D de Castro. “Human organs from prisoners: kidneys for life” en *Journal of Medical Ethics* 2003;29:171-175.

8 Sobre las posibilidades y límites de un sistema de consentimiento presunto para efectos de transplante, ver V English and A Sommerville “Presumed consent for transplantation: a dead issue after Alder Hey?” en *Journal of Medical Ethics* 2003;29:147-152

9 Sobre la discusión ética de las posibilidades y límites de las recomendaciones destinadas a autorizar la remoción de órganos de cadáveres, incluso contra la voluntad manifestada por la persona en vida, ver C L Hamer and M M Rivlin. “A stronger policy of organ retrieval from cadaveric donors: some ethical considerations” en *Journal of Medical Ethics* 2003;29:196-200

10 Sentencia Corte Constitucional SU.480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

11 SU- 111/97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Ver, sentencia T- 949 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

13 Ver, sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada posteriormente en la sentencia T-722 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

14 Art. 83 C.N. “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

15 A estos últimos el Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, los define de la siguiente manera: “Extranjero. adj. Que es o viene de país de otra soberanía.// 2. Natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra.// 3. Toda nación que no es la propia.”