

DERECHO A LA SALUD-Trasplante a extranjero residente en territorio nacional

(...) la EPS a la que está afiliado (el adolescente venezolano) no realizó los trámites necesarios para evaluar la posibilidad de realizar un trasplante de hígado con donante vivo relacionado en los términos prescritos por su médico tratante (...) en este caso procedía excepcionar la aplicación de la norma que contiene la prohibición de donación de órganos a extranjeros no residentes cuando se trate de donante cadavérico.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE DERECHO DE PETICION-Procedencia de manera directa por ser derecho fundamental de aplicación inmediata

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION-Contenido y alcance/DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial

DERECHO DE PETICION-Respuesta debe ser de fondo, oportuna, congruente y tener notificación efectiva

TRASPLANTE DE ORGANOS O TEJIDOS-Concepto

DERECHO A LA SALUD-Legislación aplicable para la donación y trasplante de órganos

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

TRASPLANTE DE ORGANOS O TEJIDOS A EXTRANJEROS NO RESIDENTES-Prohibición puede ser levantada cuando se compruebe que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna

CRISIS HUMANITARIA POR LA MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Contexto/MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Acciones del Estado Colombiano para enfrentar crisis humanitaria

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Política Integral de Migración-PIM

(...) la migración de ciudadanos venezolanos a causa de la situación económica, política y social de su país de origen ha llevado a que ingresen de forma intempestiva y masiva a los países de la región con la necesidad de mejorar sus condiciones de vida. Sin embargo, el comportamiento masivo y constante de la migración ha llevado a que estas personas atravesasen en los países de acogida una crisis humanitaria, lo que ha requerido por parte de los estados la adopción de todo tipo de acciones dirigidas a atender sus necesidades. Es así como el gobierno colombiano ha adoptado distintas medidas que han ido desde la atención humanitaria, la legalización de su permanencia, el acceso a la oferta institucional en materia de salud, primera infancia, educación, trabajo y otro tipo de servicios, hasta su integración para el desarrollo del país.

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Estatuto Temporal de Protección para Migrantes

Venezolanos

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Registro Único de Migrantes Venezolanos-RUMV

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Permiso por Protección Temporal-PPT

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-Reglas jurisprudenciales

(...) reglas respecto de la atención en salud de los migrantes venezolanos no regularizados: (i) los extranjeros no residentes en Colombia tienen derecho a la atención inicial de urgencias; (ii) la atención prenatal y el parto están incluidos dentro del concepto de atención en urgencias por los riesgos asociados al embarazo, los cuales se acentúan en situaciones de crisis humanitaria; (iii) en función de la gravedad del caso, el concepto de atención de urgencias puede incluir los procedimientos para atender a una persona que esté diagnosticada con una enfermedad catastrófica y (iv) cuando se trate de la atención que requieran niños, niñas y adolescentes, esta debe ser integral, sin importar su situación migratoria.

AFILIACION DE EXTRANJEROS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regulación

(...), en términos de prestación de servicios de salud a migrantes venezolanos que cuentan con su situación migratoria resuelta a través de un permiso por protección temporal, no existe diferencia respecto de los nacionales colombianos y de los extranjeros residentes en Colombia, pues ambos tienen derecho a que se les garantice la misma cobertura, sin discriminación por su situación migratoria.

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Primera

SENTENCIA T-371 DE 2023

Referencia: Expediente No. T-9.278.438

Acción de tutela interpuesta por MASG en representación de su hijo JMCS contra el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y la EPS Capital Salud

Magistrada ponente:

Natalia Ángel Cabo

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Diana Fajardo Rivera y Natalia Ángel Cabo, quien la preside, y por el magistrado Juan Carlos Cortés González, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales establecidas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991 y 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte Constitucional), profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Precisión preliminar: En cumplimiento de la circular No. 010 de 2022 de esta Corporación, esta providencia tendrá dos versiones, una con los nombres y datos reales de identificación de los accionantes y otra en la que estos serán identificados por sus iniciales.

Este fallo se dicta en el trámite de revisión de las decisiones expedidas el 22 de noviembre de 2022 por el Juzgado Cincuenta Administrativo de Bogotá y el 31 de enero de 2023 por la Sección Segunda, Subsección F del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las que se decidió la acción de tutela instaurada por la señora MASG en representación de su hijo JMCS contra el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Salud (INS), la Superintendencia de Salud y la EPS Capital Salud.

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de diciembre de 2020, MASG ingresó a Colombia con su hijo JMCS, quien para ese momento tenía 12 años, a través del puente Simón Bolívar en el municipio de Villa del Rosario provenientes de Venezuela.

1. JMCS fue diagnosticado con atresia de vías biliares a los dos meses de nacido y tuvo un trasplante hepático a los dos años en Argentina por donación de una prima. A su ingreso a Colombia el adolescente presentaba ictericia obstructiva por estenosis de la anastomosis hepático yeyunal y fistula biliar<sup>1</sup>.

1. En mayo de 2021, JMCS fue atendido por urgencias en el Hospital Erasmo Meoz en Cúcuta en donde estuvo 15 días hospitalizado. Allí fue diagnosticado con estrechez y estenosis de los conductos biliares, fistula del conducto biliar y atresia de los conductos biliares, lo que le generó una falla hepática.

1. Debido a la falta de especialistas en la ciudad de Cúcuta, JMCS y su mamá viajaron a Bogotá. El 8 de marzo de 2022 el accionante acudió a la Fundación Cardioinfantil, debido a que se trata de un hospital de cuarto nivel que tiene las especialidades de hepatología, gastroenterología y grupo de trasplantes. Sin embargo, allí le informaron a la señora MASG que, a menos que pagara de forma particular las consultas, no era posible atender a su hijo, por cuanto la fundación es una entidad de carácter privado. La mamá de JMCS interpuso acción de tutela y el 25 de marzo de 2022 el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías ordenó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que autorizara al accionante la valoración por un médico especialista en un hospital con disponibilidad en hepatología, gastroenterología y grupo de trasplante.

1. Desde su llegada a Bogotá la mamá de JMCS inició los trámites para obtener el permiso

por protección temporal de su hijo, el cual fue expedido el 25 de marzo de 2022. Al mes siguiente, él fue afiliado a la EPS Capital Salud.

1. El 30 de marzo de 2022 el adolescente fue atendido en la Fundación Cardioinfantil y hospitalizado por posible necesidad de realizar un trasplante de hígado. El 4 de abril siguiente fue dado de alta.

1. El 5 de mayo de 2022, JMCS fue nuevamente hospitalizado, esta vez en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Oriente ESE. En su historia clínica se consignó que era probable candidato a nuevo trasplante. Adicionalmente, se advirtió que era urgente la valoración del paciente por hepatología y grupo de trasplante para continuar estudios por alta sospecha de rechazo del primer trasplante que le hicieron.

1. Según el relato de la señora MASG, la EPS Capital Salud le informó, de manera verbal, que JMCS no cumple con los requisitos dispuestos en la Ley 1805 de 2016 para ser incluido en la lista de espera de trasplantes por tratarse de un extranjero no residente.

1. El 20 de septiembre de 2022, JMCS fue hospitalizado en la Fundación Universitaria Santa Fe de Bogotá por el empeoramiento de sus condiciones de salud. Allí, el 18 de octubre de 2022, se le diagnosticó cirrosis biliar secundaria y se le ordenaron diversos medicamentos y controles, dentro de los que se encuentra una autorización para “consulta por cirugía de trasplantes dos veces por mes cada mes”<sup>2</sup>.

1. El 30 de septiembre de 2022, la señora MASG presentó escritos en ejercicio del derecho de petición ante el Instituto Nacional de Salud, la Superintendencia de Salud y la EPS Capital Salud, en los que solicitó la inclusión de JMCS en la lista de personas en espera de donación

de manera urgente.

1. Según el relato de la mamá del accionante, el Instituto Nacional de Salud respondió la solicitud en el sentido de indicar que no tiene competencia para resolverla. Las demás entidades no emitieron una respuesta frente a las peticiones elevadas.

1. Con fundamento en lo anterior, el 9 de noviembre de 2022, la señora MASG presentó acción de tutela para solicitar la protección de los derechos fundamentales de petición, salud y vida de su hijo, menor de edad, y, en consecuencia, pidió que se ordene a las entidades demandadas responder sus solicitudes e incluir al menor de edad en la lista de personas en espera de donación de hígado.

1. En auto del 9 de noviembre de 2022, el Juzgado Cincuenta Administrativo de Bogotá admitió la acción de tutela en contra del Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Salud, la Superintendencia de Salud y la EPS Capital Salud y vinculó a la Fundación Santa Fe de la ciudad de Bogotá.

1. El 11 de noviembre de 2022, el Instituto Nacional de Salud presentó escrito en el que sostuvo que los hechos que fundamentan la acción de tutela no son de su conocimiento, pues no está a cargo de la prestación de servicios de salud, de manera que no le ha vulnerado ningún derecho fundamental a JMCS. En todo caso, respecto del trasplante a extranjeros no residentes, el instituto explicó que el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 prohíbe que se presten servicios de trasplante de órganos y tejidos a no residentes en el territorio nacional, a menos que se trate de un trasplante de una persona viva. Por excepción, el Instituto puede autorizar trasplantes de tejidos (pero no de órganos) a esta población cuando se compruebe que hay disponibilidad luego de cubrir la demanda interna. Igualmente, aclaró que un extranjero será considerado residente una vez obtenga la visa de residente, según lo reglamentado en la Resolución 6045 de 2017.

Por último, en relación con el caso concreto, el instituto aseguró que no era posible que JMCS accediera a la prestación de servicios de trasplante de órganos por no ser un extranjero residente y que para ese momento 171 pacientes estaban a la espera de un trasplante de hígado.

1. El 11 de noviembre de 2022, el Ministerio de Salud y Protección Social sostuvo que dentro de sus competencias no está la prestación de servicios médicos y que desconoce los hechos que fundamentaron la acción de tutela. Por lo anterior, solicitó ser desvinculado del proceso. El Ministerio agregó que una persona extranjera no residente en Colombia no tiene derecho a acceder a un servicio de trasplante de órganos, a menos que se trate de un órgano que provenga de un donante vivo, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016.

1. En escrito del 15 de noviembre de 2022 la Fundación Santa Fe de Bogotá solicitó ser desvinculada de la acción de tutela. Al respecto, la Fundación explicó que las IPS no tienen dentro de sus funciones la autorización de servicios médicos. Adicionalmente, la IPS informó que el accionante ingresó por urgencias el 20 de septiembre de 2022 por dolor abdominal y estuvo hospitalizado hasta el 21 de octubre siguiente.

1. El 11 de noviembre de 2023, Capital Salud EPS afirmó que el diagnóstico de JMCS es rechazo o falla en trasplante previo del órgano y cirrosis biliar. La EPS sostuvo que el adolescente está recibiendo tratamiento en la Fundación Santa Fe y que se le han autorizado los servicios y prestaciones ordenadas por los médicos tratantes.

Igualmente, la entidad indicó que el 10 de noviembre respondió una petición elevada por la mamá de JMCS y le informó que la IPS que para ese momento estaba atendiendo a su hijo, era la encargada de adelantar los trámites para su ingreso a la lista de espera de donantes,

la cual es administrada por el Instituto Nacional de Salud. Finalmente, la EPS expuso que, desde su actuación y sus competencias, ha autorizado los servicios y prestaciones prescritas y que la solicitud para el agendamiento del procedimiento de trasplante depende de tener la disponibilidad del órgano según la lista de espera.

1. La Superintendencia Nacional de Salud guardó silencio.

## B. Fallos de tutela objeto de revisión

### Sentencia de primera instancia

1. El 22 de noviembre de 2022, el Juzgado Cincuenta Administrativo de Bogotá declaró la carencia actual de objeto por hecho superado respecto del derecho fundamental de petición frente a la EPS Capital Salud y lo amparó frente a la Superintendencia Nacional de Salud y el Instituto Nacional de Salud, por lo que les ordenó responder la solicitud presentada por la señora MASG el 20 de septiembre de 2022. Por otra parte, el juzgado negó las demás pretensiones con fundamento en que el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 prohíbe el trasplante de órganos a personas extranjeras no residentes. Al respecto, el juzgado explicó que la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha afirmado que la negativa de incluir a extranjeros no residentes en la lista de espera para la prestación del servicio médico de trasplante no vulnera sus derechos fundamentales<sup>3</sup>. Finalmente, el juez agregó que 171 personas se encuentran en lista de espera para un trasplante de hígado.

### Impugnación

1. El 25 de noviembre de 2022, la señora MASG impugnó el fallo de primera instancia por cuatro razones principales:

1. En primer lugar, sostuvo que el juez omitió pronunciarse sobre los derechos de los niños y su interés superior, el cual se traduce, para el caso concreto, en que JMCS debe tener prioridad para la asignación de un hígado por ser menor de edad.

1. En segundo lugar, la señora MASG indicó que la decisión desconoce el derecho a la igualdad de las personas migrantes al negar la prestación del servicio con base en el criterio de nacionalidad.

1. En tercer lugar, la mamá del accionante indicó que el juez no tuvo en cuenta que el estado de salud de su hijo ha empeorado en las últimas semanas. Por lo tanto, no es acertado concluir que no se vulneró el derecho a la salud de JMCS cuando, pese a su gravedad, no se ha establecido el procedimiento que se debe seguir para ser incluido en la lista de trasplantes.

1. Finalmente, la señora MASG aseguró que su hijo ya cuenta con una situación migratoria regular, razón por la que resulta desproporcionado que, además de obtener el permiso por protección temporal, se le exija la visa de residente, esto es, la tipo R. La mamá del accionante explicó que no puede acreditar las condiciones para obtener dicha visa de residente porque tendría que acreditar 5 años de permanencia ininterrumpida en el país con el permiso de protección temporal y JMCS apenas lleva menos de uno. Esto, a su juicio, desconoce la urgencia del procedimiento médico. Adicionalmente, la mamá del accionante aseguró que no cuenta con los recursos económicos para el trámite del documento debido a su situación de vulnerabilidad.

Sentencia de segunda instancia

1. Antes de pronunciarse sobre el recurso de impugnación, el 19 de diciembre de 2022, el Tribunal le requirió información al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud acerca del trasplante de órganos en Colombia.

1. El Instituto Nacional de Salud reiteró lo expuesto en su contestación respecto de la prohibición de trasplante de órganos a extranjeros no residentes. Explicó que, a la fecha de remisión de ese informe: (i), 171 pacientes estaban en espera de un trasplante de hígado, 14 de ellos menores de edad; (ii) el promedio de espera es de 361 días que oscilan entre un día y siete años de espera; y (iii) en un año la lista de espera de trasplante hepático ha incrementado en un 6% y durante la pandemia la donación de órganos se redujo en un 46%.

1. El Ministerio de Salud y Protección Social se pronunció nuevamente sobre la prohibición legal de incluir en la lista de espera de órganos a un extranjero no residente. En particular, reiteró la regulación que sobre esa materia prevé la Ley 1805 de 2016, modificada por el Decreto Ley 2106 de 2019.

1. El 31 de enero de 2023 la Sección Segunda, Subsección F del Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la decisión por las mismas razones que expuso el juez de primera instancia. El Tribunal explicó que el JMCS no cuenta con visa de extranjero y, por ello, no es posible incluirlo en la lista de trasplante de órganos. Además, el juez de segunda instancia precisó que las disposiciones legales que establecen esta prohibición buscan otorgarle un orden preferencial a los nacionales y extranjeros residentes, y tienen por objeto luchar contra el tráfico de órganos. El Tribunal agregó que la edad no es un criterio único que permita pretermitir la legislación vigente respecto de la asignación de órganos o tejidos a trasplantar.

### C. Actuaciones en sede de revisión

1. En el auto del 30 de mayo de 2023, que se notificó el 9 de junio de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número No. 5 de esta Corporación eligió el expediente de la referencia para efectos de su revisión. El expediente fue puesto en conocimiento de la Sala por la insistencia presentada por la Defensoría del Pueblo y por dos magistrados quienes fundamentaron la solicitud de revisión en la urgencia de proteger el derecho a la salud y a la vida de un adolescente migrante, así como en la necesidad de pronunciarse sobre el derecho fundamental a la salud de los niños migrantes que necesitan un trasplante de órganos. Según el respectivo sorteo, el asunto se repartió al despacho de la magistrada Natalia Ángel Cabo para la elaboración de la ponencia<sup>4</sup>.

1. Mediante auto del 23 de junio de 2023, la magistrada sustanciadora ordenó la práctica de pruebas con el objeto de conocer la situación actual de salud de JMCS y determinar el tratamiento que le han prescrito. En el mismo auto, la magistrada requirió al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud para que expusieran la ruta general que un ciudadano colombiano o un extranjero residente en Colombia debe seguir para ser incluido en una lista de espera para el trasplante de órganos.

1. El 26 de junio de 2023, el Hospital Universitario Erasmo Meoz E.S.E. explicó que el adolescente ingresó por urgencias el 27 de abril de 2021. El 12 de mayo siguiente fue valorado por un cirujano pediátrico quien le diagnosticó estrechez y estenosis congénita de los conductos biliares, fistula del conducto biliar y desnutrición. Igualmente, se ordenó su salida con recomendación para traslado urgente a institución de cuarto nivel para que fuera evaluado por un hepatólogo. Junto con su respuesta, el hospital aportó la historia clínica del menor de edad.

1. El 27 de junio de 2023, la Subred Norte E.S.E. informó que ninguna de sus unidades oferta el trasplante de hígado y que, según su base de datos, no se encontró que el paciente haya

sido atendido en esa institución.

1. El 27 de junio de 2023, la señora MASG respondió el requerimiento realizado por la magistrada sustanciadora. En su escrito la mamá del accionante aportó la siguiente información:

En primer lugar, indicó que JMCS no está hospitalizado en ninguna IPS y que su diagnóstico es cirrosis biliar secundaria, lo que le ha traído varias complicaciones, entre esas hemorragias intestinales.

En segundo lugar, señaló que una cirujana pediátrica de la Fundación Universitaria Santa Fe de Bogotá expidió distintas órdenes de medicamentos, consultas y procedimientos, las cuales fueron radicadas en la EPS y que, en su mayoría, han sido autorizados, con algunas excepciones y que corresponden a:

i. El medicamento l-ornitina -l -aspartato fue ordenado el 13 de febrero y radicado el 21 de abril siguiente, pero no ha sido entregado<sup>5</sup>.

ii. La lactulosa fue ordenada el 17 de abril de 2023 y la solicitud de autorización se radicó el 30 de mayo de 2023, pero no ha sido entregada por problemas de escasez<sup>6</sup>.

iii. El suplemento Pediasure fue ordenado el 17 de abril de 2023 y la solicitud de autorización fue radicada en la EPS el 19 de mayo siguiente, pero no ha sido entregado<sup>7</sup>.

iv. También le ordenaron una cita por nutrición y dietética, la cual fue radicada en la EPS el 21 de abril de 2023, pero no ha sido agendada<sup>8</sup>.

v. Finalmente, el 1 de junio de 2023 la misma profesional médica ordenó los procedimientos de drenaje biliar y colocación de dispositivo y ecografía de abdomen y pelvis, las cuales

fueron radicadas el 2 de junio de 2023 y están a la espera de autorización por parte de la EPS9.

En tercer lugar, la señora MAGS indicó que el 23 de mayo de 2023 JMCS asistió a consulta externa en la Fundación Cardioinfantil. Allí un cirujano de trasplantes expidió una solicitud de autorización a la EPS para: “trasplante hepático donante vivo o cadavérico con cobertura por un año”<sup>10</sup>. Esta solicitud de autorización fue radicada en la EPS el 30 de mayo de 2023 y está pendiente de respuesta por parte de Capital Salud. En esa consulta el profesional de la salud le explicó a la señora MASG que la Fundación Cardioinfantil está habilitada para realizar trasplantes con donante vivo, por lo que una vez tuvieran la autorización de la EPS le podrían realizar exámenes a ella y a su hijo para estudiar la posibilidad de que ella fuera su donante, lo cual sería más rápido que incluirlo en la lista de espera de trasplantes.

1. Mediante escrito del 27 de junio de 2023, la Fundación Cardioinfantil sostuvo que no tiene convenio con la Secretaría de Salud de Bogotá ni con Capital Salud EPS, pero que el caso de JMCS se ha manejado a través de presupuestos en los que se indica el valor de los servicios médicos requeridos para que posteriormente la EPS realice los respectivos pagos. En consecuencia, ha prestado servicios de salud al niño, que luego son cobrados a la EPS a la que está afiliado.

A partir de ese mecanismo de financiación, la Fundación expuso que JMCS ha sido valorado en esa institución cuatro veces y se han prescrito medicamentos, exámenes, procedimientos y consultas. En la última valoración, esto es, el 23 de mayo de 2023, un médico cirujano de trasplantes de la IPS solicitó autorización para el siguiente evento: “trasplante hepático donante vivo o cadavérico con cobertura por un año”<sup>11</sup>.

Finalmente, la fundación explicó cómo funciona el procedimiento para realizar un trasplante, el cual será expuesto más adelante de acuerdo con la respuesta del Ministerio de Salud y

## Protección Social.

1. El 27 de junio de 2023, el Instituto Nacional de Salud respondió el requerimiento efectuado por la magistrada sustanciadora. En su escrito el instituto explicó el procedimiento para la prestación del servicio de trasplantes de pacientes nacionales y extranjeros residentes en Colombia, el cual también será expuesto de acuerdo con la respuesta del Ministerio de Salud Social.

Por otra parte, el Instituto reiteró la prohibición establecida en la ley respecto del trasplante a extranjeros no residentes a menos que se trate de un trasplante con donante vivo, la cual si está permitida en la ley y sería una alternativa para el caso objeto de estudio.

1. Mediante escrito del 27 de junio de 2023 la EPS Capital Salud informó que JMCS ha recibido servicios de las IPS Audifarma, Macromed, Idime y en la Fundación Santa Fe de Bogotá. La EPS hizo una relación de todos los servicios prestados al adolescente y aclaró que: “la madre del paciente nos envía las últimas ordenes que le fueron entregadas por los médicos y las cuales se tramitan para autorizar al prestador”<sup>12</sup>. Capital Salud precisó que la Fundación Santa Fe no ha dado orden para trasplante al afiliado, pero que, según esa IPS, hay sospecha de rechazo del trasplante que le hicieron a los dos años, la cual está siendo valorada. Sin embargo, la EPS aclaró que la Ley 1805 de 2016 prohíbe el trasplante de órganos a ciudadanos extranjeros no residentes.

1. El 27 de junio de 2023 la Fundación Santa Fe de Bogotá hizo una relación de los ingresos que ha tenido el menor de edad que corresponden a: (i) tres ingresos por urgencias, el último de ellos el 7 de febrero de 2023; (ii) cinco ingresos por consulta externa, el último el 25 de abril de 2023 y (iii) una hospitalización el 4 de junio de 2022. Por otra parte, la IPS explicó que JMCS fue presentado en junta de decisiones de la fundación y allí se consideró que necesitaba trasplante hepático. Sin embargo, por tratarse de un menor de edad extranjero,

solicitó concepto en el Instituto Nacional de Salud, entidad que remitió el caso al Ministerio de Salud y Protección Social, y contestó, en escrito del 3 de octubre que se aporta a la respuesta, que este procedimiento es exclusivo para nacionales o extranjeros con visa de residencia<sup>13</sup>.

1. El 28 de junio de 2023, el Ministerio de Salud y Protección Social respondió el requerimiento de esta Corporación con un documento en el que explicó cuál es el procedimiento que debe seguir un paciente que tiene una enfermedad en un órgano susceptible de ser trasplantado que, por su detalle, es transcrito a continuación:

“a) Si durante el proceso de atención en salud del paciente, el Médico tratante considera que puede ser candidato a un trasplante, deberá remitirlo dentro de los tres (3) meses siguientes para diagnóstico a la Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS habilitada para realizar trasplante de órgano o tejidos de la Red de Prestación de Servicios de la Entidad Promotora de Salud.

b) La Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS habilitada para realizar el trasplante del órgano o tejidos evaluará si el paciente es apto o no para la realización del procedimiento quirúrgico.

c) En caso de ser apto para el trasplante de órgano o tejido, la Institución Prestadora de Servicios de Salud- IPS que realizará el trasplante deberá evaluar la posibilidad de donante vivo relacionado, e informar a su Entidad Promotora de Salud quien deberá autorizar inmediatamente la realización del trasplante, de conformidad con lo definido por el artículo 26° del Decreto 2493 de 2004 .

d) En caso de ser apto para trasplante del órgano o tejidos y no contar con donante vivo relacionado, la Institución Prestadora de Servicios de Salud que realizará el trasplante del órgano o tejidos deberá ingresarlo a la Lista de Personas en Espera de Donación que administra el Instituto Nacional de Salud e informar a su Entidad Promotora de Salud quien deberá autorizar inmediatamente la realización del trasplante, de conformidad con lo

definido por el artículo 26° del Decreto 2493 de 2004. Bajo esta situación, se esperará a la detección del donante, el rescate y la asignación del órgano y tejido para el trasplante, conforme a los criterios únicos nacionales definidos por el Instituto Nacional de Salud y atendiendo con lo establecido por el artículo 7° de la citada Ley 1805 de 2016.

e) En caso de ser considerado no apto para trasplante del órgano o tejido, los Profesionales de la Salud de la Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS habilitada para realizar el trasplante del órgano o tejido suministrarán al paciente la información clara, precisa y suficiente, de las razones médicas que imposibilitan la realización del procedimiento quirúrgico.”

Finalmente, el Ministerio aclaró que de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 en el caso de JMCS no es posible realizar un trasplante de órgano con donante cadavérico, siendo la única opción hacerlo por donación de una persona viva.

1. Durante el término de traslado de las anteriores pruebas, el 10 de julio de 2023, la señora MASG informó que todos los medicamentos ordenados han sido autorizados, pero que algunos no han sido entregados. La mamá del accionante también indicó que están pendientes citas y exámenes. Adicionalmente, la señora MASG cuestionó que la EPS no se hubiera pronunciado sobre la autorización expedida el 23 de mayo de 2023 por el médico de la Fundación Cardioinfantil, pues con ello está desconociendo la posibilidad de que, por ejemplo, ella pueda ser la donante para su hijo.

1. El 30 de junio de 2023, la magistrada sustanciadora le solicitó a Capital Salud EPS que informara cuáles ordenes médicas de procedimientos, citas y medicamentos estaban pendientes de ser efectivamente prestadas y que explicara cuál trámite le habían dado a la autorización emitida por el médico cirujano de trasplantes de la Fundación Cardioinfantil.

1. El 6 de julio de 2023, la EPS Capital Salud informó al despacho que no se ha hecho ninguna gestión respecto de la solicitud de trasplante de hígado de JMCS porque la solicitud de autorización de servicios fue emitida por un médico de una IPS que no está adscrita a su red de prestadores. Sin embargo, el representante de la EPS aseguró que JMCS ha sido atendido en varias oportunidades en la Fundación Santa Fe, la cual tiene contratados los servicios de trasplante con la EPS Capital Salud, pero que dicha IPS no ha ordenado el trasplante hepático.

1. El 12 de julio de 2023 la Sala Primera de Revisión ordenó dos medidas provisionales. La primera consistió en ordenarle a la EPS Capital Salud adelantar las gestiones administrativas para asegurar el cumplimiento efectivo de las ordenes médicas de suministro de medicamentos, suplementos, citas con especialistas, procedimientos y exámenes diagnósticos para JMCS. La segunda, dirigida a la misma EPS consistió en ordenarle que, el marco de la solicitud de autorización de servicios emitida el 23 de mayo de 2023 por el médico cirujano de trasplantes de la Fundación Cardioinfantil, y radicada en la EPS el 30 de mayo siguiente, adelantara todos los trámites administrativos y coordine con la Fundación Santa Fe, IPS con la cual tiene contratados los servicios de trasplante, para que se adelanten los procedimientos médicos dirigidos a establecer la viabilidad de que el trasplante hepático se realizara con un donante vivo relacionado.

#### D. Intervenciones

Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello y la Organización Prepara Familia

1. El 17 de julio de 2017, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello de la ciudad de Caracas, Venezuela (en adelante CDH-UCAB) y la Organización Prepara Familia (en adelante (Prepara Familia) presentaron una intervención con el propósito de apoyar las pretensiones de la demanda. En su escrito la universidad y la organización

explicaron que las personas venezolanas han migrado del país principalmente por la falta de acceso a alimentos y a servicios de salud y por la violencia y persecución política.

1. Puntualmente, respecto del derecho a la salud, la CHH-UCAB y Prepara Familia aportaron la siguiente información: según la plataforma independiente la sociedad civil venezolana, HumVenezuela, el sistema de salud público está colapsado, lo cual ha dejado a casi 15 millones de venezolanos sin acceso a servicios de atención, diagnóstico y tratamiento médico. Hasta marzo de 2022 se registró la muerte de 67 niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en espera de un trasplante de médula ósea y riñones y en junio de ese mismo año la cifra aumentó a 70. No hay personal de salud disponible por las malas condiciones laborales, bajos salarios y despidos injustificados. También se presenta una caída drástica en la producción e importación de medicinas, lo cual ha provocado una escasez de medicamentos que va entre el 60% y el 72%. Aunque entre los años 2020 y 2022 hubo una mejoría en cuanto a su disposición, 3,1 millones de personas con problemas de salud no pueden acceder a medicamentos por la falta de recursos económicos. A ello se suma que 840.579 pacientes con enfermedades crónicas no tienen acceso a tratamientos de altos costos.

1. Respecto de la población infantil, el impacto ha sido devastador. De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares a los NNA del servicio de nefrología del Hospital José Manuel de los Ríos, principal hospital pediátrico del país, por su deterioro estructural. Sin embargo, a pesar de la decisión de la Comisión IDH las condiciones del hospital siguen en deterioro y el estado venezolano sigue sin garantizar los servicios continuos y de calidad para esta población.

1. En cuanto a la situación del trasplante de órganos la CHH-UCAB y Prepara Familia explicaron que en Venezuela hubo un esquema funcional desde el año 2000 a 2014 a cargo de la Organización Nacional de Trasplante de Venezuela, quien era la institución ejecutora del Sistema de Procura de Órganos para Trasplantes. Sin embargo, en el año 2014 el

Ministerio de Salud suspendió las funciones de la organización y creó la Fundación Venezolana de Donaciones y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células para que se encargara de las funciones relacionadas con este procedimiento. A partir de ese momento se presentó una disminución en el número de trasplantes que terminó con la suspensión del programa en el año 2017. Desde el año 2019 existen dos centros privados con actividad residual de trasplantes a partir de donante vivo, pero con costos elevados que llegan a los cien mil dólares para un trasplante de hígado. Ello ha llevado al deterioro físico de quienes necesitan un órgano para mejorar sus condiciones de salud o para preservar su vida.

1. Como conclusiones, la CHH-UCAB y Prepara Familia aseguraron que los NNA en Venezuela no cuentan con las condiciones mínimas para realizar un trasplante de órgano y que ello pone en peligro sus vidas. Debido a la emergencia humanitaria que afecta a Venezuela, los países receptores de población venezolana deberían abordar situaciones como las de JMCS con flexibilidad dentro de un enfoque humanitario.

Clínica Jurídica para Migrantes y área de derecho público del Consultorio Jurídico de la universidad de Los Andes

1. La universidad de Los Andes intervino para solicitar que se inaplique la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 por ser contraria a la Constitución en el caso concreto. Para fundamentar su petición, la universidad expuso la complejidad de la emergencia humanitaria que atraviesa Venezuela, en particular, informó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha advertido sobre la degradación de las condiciones de vida de sus habitantes y el colapso del sistema de salud, lo cual ha tenido un efecto diferenciado y desproporcionado en algunos grupos especialmente vulnerables como los niños, niñas y adolescentes.

1. La universidad informó que, según Human Rights Watch, los obstáculos en la realización

de trasplantes han provocado cientos de muertes, en gran medida por la suspensión del Sistema de Procura de Órganos y Tejidos desde junio de 2017, como consecuencia de la imposibilidad del estado de garantizar la entrega oportuna y continua de medicamentos inmunosupresores. La sociedad civil también ha alertado respecto de la situación de riesgo de las personas que ya recibieron un trasplante, por el acceso irregular a los protocolos de inmunosupresores y a la omisión o la entrega en condiciones inadecuadas de medicamentos. En el caso de JMCS, él no había recibido la atención médica posterior a su trasplante, por lo que requería de exámenes que solo se le pudieron hacer a su llegada a Colombia, en donde se diagnosticó la necesidad de realizar un nuevo trasplante. Ello, a su juicio, evidencia que JMCS no ingresó a Colombia para acceder a un órgano, sino porque en su país no puede recibir un tratamiento adecuado a su situación de salud.

1. Por otra parte, la universidad destacó que la finalidad del artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 es prevenir y erradicar la práctica del turismo de órganos. De hecho, la universidad resaltó que en países como México también se restringe el tratamiento médico de trasplante de órganos para extranjeros no residentes. Sin embargo, esta restricción no existe cuando se demuestre, tratándose de trasplante de hígado, que existe una hepatitis fulminante. Algo similar ocurre en Chile, en donde a pesar de la prohibición general, existe una disposición que permite que los extranjeros accedan a un trasplante cuando se encuentren en situación de urgencia. De estas dos experiencias regionales se desprende que es posible cumplir con el propósito de evitar y mitigar la práctica de turismo de trasplantes y, a la vez, garantizar el derecho fundamental a la salud de los extranjeros no residentes, a través de criterios de flexibilización, en razón al estado de vulnerabilidad.

1. En cuanto al estatus migratorio del accionante, la universidad explicó que JMCS cuenta con un permiso por protección temporal desde el 25 de marzo de 2022. La universidad explicó que, de acuerdo con el CONPES 4100 de 2022, el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, que comprende el permiso por protección temporal, es un mecanismo de regularización migratoria que creó el gobierno debido a la necesidad de los migrantes venezolanos de permanecer en Colombia por el riesgo que representa para su

integridad el retorno a su país. A pesar del ánimo de permanencia de los venezolanos en el país, la universidad explicó que según el Ministerio de Relaciones Exteriores para que un extranjero se considere residente debe tener una visa de residente (tipo R). En el caso de JMCS, él solo puede aplicar a este tipo de visa luego de haber vivido en el país más de 5 años posteriores al otorgamiento del permiso temporal. Esa condición aplicada a su caso afecta sus derechos fundamentales porque para acreditarla se le exigiría un requisito de imposible cumplimiento en la actualidad.

1. Por otra parte, la universidad sostuvo que JMCS tiene derecho a que se proteja de forma integral su salud, por la gravedad de su diagnóstico y por la situación socioeconómica de su familia. En este sentido, la universidad destacó que tanto la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Código de Infancia y Adolescencia y la jurisprudencia de esta Corte han señalado que los NNA son sujetos de especial protección constitucional. Ello por cuanto los menores de edad están en situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad por ser sujetos que empiezan la vida y necesitan asistencia por parte de la familia, la sociedad y el Estado para alcanzar su desarrollo. Así, a su juicio, en el caso de JMCS, por su edad y su situación de migrante, debería interpretarse la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 bajo un enfoque diferencial.

1. Finalmente, la universidad explicó que este enfoque diferencial debería permitir que a JMCS se le exceptúe de cumplir con el requisito de la residencia a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad con efectos inter partes o que se entienda que lo cumple por cuanto en su caso, al contar con un permiso por protección temporal, se configuran de forma manifiesta los requisitos para acreditar la residencia y el ánimo de permanecer en el país.

Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional y Víctimas del Conflicto Armado

1. El 24 de julio de 2023, los representantes del programa presentaron a la Corte algunos argumentos para solicitar que se amparen los derechos de JMCS. En primer lugar, los representantes del programa sostuvieron que la población migrante y refugiada es sujeto de especial protección constitucional y que, además, por disposición del artículo 100 de la Constitución Política, tiene los mismos derechos que los naturales en Colombia. De ello se deriva el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos a todas las personas sin discriminación respecto de su origen.

1. En segundo lugar, destacaron que el accionante es un menor de edad, quien, por el solo hecho de ser un adolescente, está en clara situación de vulnerabilidad, la cual se aumenta cuando se enfrenta a un contexto de movilidad humana forzada. En tercer lugar, señalaron que debe tenerse en cuenta que el fin que persigue la norma contenida en la Ley 1805 de 2016 no aplica para el caso concreto, pues JMCS no es un extranjero que vino a Colombia a realizar turismo de trasplante, sino que su familia debió ingresar al país para que el menor de edad pudiera acceder a un sistema de salud que le permitiera sobrevivir.

1. En cuarto lugar, los representantes del programa sostuvieron que la negativa de incluir a JMCS en la lista de trasplantes desconoce los derechos del niño, así como su derecho a la salud y a la vida. En línea con esto, plantearon que en este caso se debería emplear una excepción de inconstitucionalidad, porque la aplicación de la prohibición contenida artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 representa para JMCS el riesgo de muerte y contraviene sus derechos fundamentales.

1. Finalmente, los representantes del programa afirmaron que la situación del accionante no es única, por lo que sugirieron que los efectos de esta sentencia sean extendidos a todos quienes se encuentren en la misma situación.

1. En su intervención del 27 de julio de 2023 el instituto conceptuó para apoyar las pretensiones de la tutela. Para el efecto, el instituto aportó tres argumentos principales: el primero es que la prohibición de donación de órganos a extranjeros no residentes es, en abstracto, constitucionalmente válida, pero en ciertos casos concretos debe permitirse un trato diferenciado para su aplicación. Segundo, la aplicación de un enfoque diferencial de protección de la niñez y migratorio permite satisfacer el requisito de residencia para acceder al trasplante. Tercero, la Corte puede ordenar con efectos inter partes la inclusión de JMCS en la lista, en aplicación de una excepción de inconstitucionalidad, sin que se trasgreda una norma de salud pública.

1. Respecto del primer argumento, el instituto explicó que la línea jurisprudencial es consistente en prohibir la donación de componentes anatómicos a extranjeros no residentes y que ello obedece a finalidades imperiosas, como asignar los recursos escasos entre quienes contribuyen al sistema de seguridad social y la necesidad de prevenir el tráfico de órganos. Sin embargo, en el caso concreto no concurren los elementos que pretende proteger el ordenamiento jurídico. Primero porque JMCS está vinculado al sistema de seguridad social en salud; segundo, porque estaba en el país antes de que se determinara que requería un trasplante y, tercero, porque en el país de origen no existe posibilidad de que el accionante reciba el trasplante que necesita, no solo por la suspensión del programa de trasplantes sino por la escasez de inmunosupresores. Para abordar más en profundidad este último elemento, el instituto, en los mismos términos expuestos por la CHH-UCAB, Prepara Familia y la universidad de los Andes, detalló los problemas que se presentan respecto del trasplante de órganos en Venezuela.

1. En relación con el segundo argumento, el instituto sostuvo que la interpretación del requisito de residencia no se debería hacer bajo las reglas del régimen de regularización migratoria establecido en el Decreto 216 de 2021 y la Resolución 5447 de 2022, sino a la luz

del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos bajo Régimen de Protección Temporal como mecanismo de regularización migratoria excepcional, en tanto a partir de este se reconoce que muchos migrantes tienen la intención de establecerse en el país. En efecto, el instituto ilustró que la Corte Constitucional ha considerado que cuando un ciudadano venezolano migrante cuenta con una vivienda, un trabajo habitual e incluso un permiso especial de permanencia, se configuran de forma manifiesta los requisitos para acreditar la residencia y el ánimo de permanecer en Colombia<sup>14</sup>. En este caso, aseguró el instituto, se cumplen con los requisitos para entender que JMCS tiene residencia en Colombia, pues su madre, quien está a su cuidado, vive en Colombia y tiene ánimo de permanencia en el país.

1. Finalmente, en relación con el tercer argumento, el instituto explicó que en este caso debería adoptarse una interpretación de la prueba de la residencia de forma más amplia a como lo hace el Ministerio de Relaciones Exteriores y así entender que JMCS es un extranjero residente. Sin embargo, en caso de que la Corte no encuentre satisfecho dicho requisito, debería aplicarse una excepción de inconstitucionalidad, toda vez que imponer la regla de prohibición de trasplante de órganos a extranjeros no residentes contravía la Constitución, porque impide la garantía de los derechos a la salud y a la vida de JMCS.

Clínica Jurídica de Movilidad Humana Transfronteriza (CMHT) de la Universidad del Rosario

1. La CMHT intervino para solicitar la protección de los derechos fundamentales de JMCS a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la integridad física. En su intervención la Clínica se pronunció de forma general sobre el derecho a la salud y el interés superior de los menores de edad y de forma particular destacó que el derecho a la salud del accionante se ve comprometido cuando no se le brinda a una persona todas las herramientas necesarias para lograr su recuperación, sin discriminación debido a su nacionalidad. Adicionalmente, la CMHT explicó que tanto la vida como la dignidad de JMCS se afectan con la negativa de inclusión dentro de la lista de personas en espera de donación.

1. En cuanto a la disposición que prohíbe el trasplante de órganos a extranjeros no residentes, la Clínica explicó que debe hacerse una interpretación teleológica de la norma, lo cual permite llegar a la conclusión de que en este caso, la finalidad imperiosa que se pretende proteger, no se ve afectada con la inclusión de JMCS en la lista, ya que las razones por las cuales él y su mamá ingresaron a Colombia no estaban relacionadas con el turismo de órganos sino con situación de violaciones sistemáticas de derechos humanos en Venezuela. Así, en este caso debería darse un enfoque diferencial de niñez y migratorio para conceder el amparo. Finalmente, la CMHT le solicitó a la Corte ampliar los efectos de la decisión porque el accionante pertenece a un grupo de personas que podrían estar sometidas a una situación de vulneración similar.

## II. CONSIDERACIONES

### A. Competencia

1. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y los artículos 32, 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### B. Análisis de procedencia formal de la acción de tutela

1. Antes de analizar de fondo las pretensiones de la señora MASG en representación de su hijo JMCS, corresponde determinar si esta acción cumple con los requisitos mínimos de procedencia, esto es: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y (iv) subsidiariedad.

1. En primer lugar, el requisito de legitimación en la causa por activa se refiere a que toda persona tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la protección inmediata de sus derechos fundamentales. La acción la podrá promover directamente el afectado o por intermedio de apoderado judicial o por representante legal. También podrá presentarla el agente oficioso o el Defensor del Pueblo. En este caso la acción de tutela cumple el presupuesto de legitimación en la causa por activa porque la acción de tutela fue promovida en defensa de los derechos de JMCS. La acción de tutela se promovió por la señora MASG, como representante de su hijo menor de edad, para obtener la protección de los derechos fundamentales de petición, a la salud y a la vida de los que es titular el niño. En relación con la representación de los menores de edad, la Corte ha sostenido que los padres están legitimados en la causa por activa para acudir judicialmente a solicitar la protección de los derechos de sus hijos, en ejercicio de la figura de la patria potestad<sup>15</sup>.

1. En segundo lugar, en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva el artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela podrá promoverse en defensa de los derechos fundamentales cuando estos estén amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la Constitución y en la ley. Respecto de esta última hipótesis, el citado artículo dispone que se puede ejercer la acción de tutela contra particulares cuando: (i) prestan un servicio público; (ii) su conducta afecta de manera grave el interés colectivo y (iii) cuando existe subordinación o indefensión entre quien presenta la acción y quien supuestamente vulneró o amenazó el derecho fundamental.

1. Para que se acredite el requisito de legitimación en la causa por pasiva se debe evaluar, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales el amparo es procedente y, por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular directa o indirectamente con su acción u omisión.

1. En este caso el requisito de legitimidad se cumple respecto de la EPS Capital Salud por dos razones: primero porque se trata de una empresa promotora de salud del régimen subsidiado que está encargada de prestar el servicio público de salud. Segundo porque de acuerdo con el objeto de la acción, las pretensiones invocadas por la señora MASG se vinculan directamente con la alegada omisión de la EPS de responder la solicitud que hizo en ejercicio del derecho de petición y con su actuación respecto del procedimiento médico correspondiente al trasplante hepático que solicita la mamá de JMCS.

1. Ahora bien, respecto del Ministerio de Salud y Protección Social también se cumple este requisito. Primero, porque se trata de una autoridad pública del orden nacional. Segundo, porque la señora MASG le atribuye omisiones violatorias de los derechos a la salud y a la vida de JMCS.

1. Por su parte, respecto del Instituto Nacional de Salud también se cumple el presupuesto de legitimación en la causa por pasiva por dos razones: primero porque se trata de una autoridad pública adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social. Segundo, porque la parte accionante le atribuye omisiones que han generado la vulneración de su derecho fundamental de petición por no haberle dado el trámite adecuado a su solicitud de inclusión en la lista de espera y de sus derechos a la salud y a la vida<sup>16</sup>.

1. La Superintendencia Nacional de Salud también está legitimada por pasiva para ser demandada en la acción de tutela. Esta Superintendencia es una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social. Adicionalmente, la señora MASG le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales de su hijo.

1. Finalmente, respecto de la Fundación Santa Fe de Bogotá que fue vinculada por el Juzgado Cincuenta Administrativo de Bogotá también se cumple este requisito, pues se trata de una IPS privada que está a cargo de la prestación del servicio público de salud. Adicionalmente, se observa que, para la fecha de presentación de la acción de tutela, el menor de edad

estaba recibiendo atención en salud en esa clínica.

1. En tercer lugar, como requisito de procedibilidad la acción de tutela también debe ser presentada dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de forma que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento de aplicación inmediata y urgente. En el caso objeto de estudio se cumple con el citado requisito, por cuanto la solicitud de la mamá del accionante dirigida a las autoridades demandadas para que su hijo sea incluido en la lista de espera es del 30 de septiembre de 2022 y la tutela se interpuso el 9 de noviembre siguiente. Adicionalmente, la amenaza respecto del derecho a la salud y a la vida de JMCS por no realizarle el trasplante es actual y empezó desde septiembre de 2022, momento a partir del cual empezó a ser atendido en la Fundación Santa Fe, en donde consideraron la necesidad de un nuevo trasplante de hígado. Como se ve, respecto del derecho de petición transcurrió un término de menos de dos meses que es un plazo razonable y respecto de los derechos a la salud y a la vida la amenaza es actual y empezó a producirse también dos meses antes de que la señora MASG acudiera a la acción de tutela.

1. Finalmente, el estudio del requisito de subsidiariedad busca determinar si existen o no mecanismos idóneos y eficaces más allá de la tutela para proteger los derechos en un caso particular. El artículo 86 de la Constitución señala que la tutela es un mecanismo residual y subsidiario, es decir que sólo se puede utilizar cuando no exista otro medio de defensa ante la jurisdicción competente. Ahora bien, si llegase a existir un medio adicional, el juez constitucional deberá analizar si este medio es eficaz e idóneo para resolver la controversia y para proteger los derechos fundamentales que se estén viendo amenazados. Igualmente, la tutela procederá cuando se presente la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, que ponga en riesgo la afectación de los derechos fundamentales del peticionario.

1. La Corte Constitucional ha sostenido que la idoneidad hace referencia a la capacidad que

brinda el mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales<sup>17</sup>. Respecto a la eficacia, la Corte ha indicado que se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado para brindar de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado<sup>18</sup>. Por otro lado, para determinar si en efecto se está ante la posible configuración de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional lo ha definido como uno que implica que: (i) se esté ante la presencia de un daño inminente o próximo a suceder; (ii) que el perjuicio sea grave y afecte un derecho fundamental para la persona; y (iii) se requieran tomar medidas urgentes que no puedan ser postergadas para evitar ese daño o superarlo si ya se presentó<sup>19</sup>.

1. En este caso la mamá de JMCS reclama, en primer lugar, el amparo del derecho fundamental de petición. Frente a este derecho no existe un medio de defensa idóneo y eficaz para su protección distinto de la acción de tutela, tal como reiteradamente ha sido reconocido por este Tribunal<sup>20</sup>. Así, el requisito de subsidiariedad respecto de la protección invocada al derecho de petición está cumplido.

1. En segundo lugar, la señora MASG reclama el amparo de los derechos de su hijo a la salud y a la vida por la amenaza que recae sobre estos al no haber iniciado con los procedimientos y trámites para que JMCS sea receptor de un hígado nuevo. El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le atribuye a la Superintendencia Nacional de Salud funciones jurisdiccionales para resolver, entre otras, las controversias originadas entre las EPS y sus afiliados respecto de la cobertura de procedimientos, actividades e intervenciones en los Planes de Beneficios. Entonces, en principio, la controversia que plantea esta acción de tutela podría presentarse ante esa Superintendencia.

1. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte en múltiples oportunidades ha hecho evidentes las falencias en la estructura de ese mecanismo, lo cual afecta su idoneidad y eficacia. En concreto, la Corte ha identificado esas fallas así:

“i) el tiempo empleado para dar respuesta a las solicitudes de los usuarios del SGSSS correspondiente a veinte (20) días, mientras la tutela tiene un plazo mínimo de diez (10) días; ii) la función jurisdiccional solo procede ante la negativa de las EPS de prestar algún servicio médico, más no en aquellos casos en los cuales exista omisión o silencio por parte de estas; iii) ausencia de un mecanismo que garantice el cumplimiento de sus decisiones; iv) falencias en la estructura orgánica pues, con excepción de la organización de la que dispone en Bogotá, no cuenta con el personal suficiente ni especializado para el resto del país.”<sup>21</sup>

A partir de este diagnóstico, la Corte ha dicho que mientras se mantengan las dificultades descritas, el mecanismo ante la Superintendencia de Salud no puede ser considerado como un medio idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, la acción de tutela es el medio adecuado para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la vida digna, presuntamente vulnerados o amenazados cuando una EPS niega la prestación de algún servicio médico o cuando existe una omisión o silencio de su parte para su prestación<sup>22</sup>.

1. En esta ocasión, la tutela satisface el requisito de subsidiariedad, porque, como lo ha reiterado la Corte, el mecanismo ante la Superintendencia no es idóneo ni eficaz. Adicionalmente, en este caso particular es necesaria una intervención judicial inmediata para evitar que se concrete una amenaza sobre el derecho a la salud de un menor de edad, y con ello un perjuicio irremediable en su vida. El adolescente para el que se reclama el procedimiento médico tiene 13 años, un diagnóstico de cirrosis biliar secundaria y antecedente de trasplante de hígado a los dos años, el cual está siendo rechazado por su organismo en la actualidad. Según lo indican los médicos, la única solución viable para JMCS es recibir un nuevo hígado, y mientras ello sucede solo es posible hacer tratamientos de manejo de sintomatología.

1. En conclusión, la acción de tutela supera el análisis de subsidiariedad y por ello procede su estudio de fondo.

### C. Problema jurídico

1. A partir de los hechos narrados en el aparte de antecedentes, le corresponde a esta Sala responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Vulneran las autoridades públicas el derecho de petición cuando omiten dar una respuesta de fondo a una solicitud de inclusión de un adolescente extranjero de nacionalidad venezolana con permiso de protección temporal vigente en la lista de espera para trasplante de órgano con donante no vivo?

¿Una empresa promotora de salud y una institución prestadora de salud amenazan el derecho a la vida y a la salud de un menor de edad de nacionalidad venezolana con permiso de protección temporal vigente cuando omiten autorizar un trasplante hepático porque no es un extranjero residente?

Como parte del anterior planteamiento, la Corte deberá responder si se considera que un menor de edad de nacionalidad venezolana con permiso por protección temporal vigente, diagnosticado con una grave enfermedad hepática, forma parte de la población de extranjeros no residentes a quienes se les aplicaría la prohibición legal de recibir trasplantes de órganos provenientes de donantes no vivos.

Para resolver el primer problema jurídico se hará una breve exposición de las generalidades

del derecho de petición. Para resolver el segundo, la Sala expondrá la regulación y la jurisprudencia sobre el trasplante de órganos y enseguida abordará la protección del derecho a la salud de ciudadanos venezolanos en el contexto de una crisis humanitaria. A partir de estos desarrollos, se resolverá el caso concreto.

#### D. Derecho de petición. Generalidades

1. El artículo 23 de la Constitución establece el derecho que tiene toda persona “a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”. Esta garantía es denominada derecho fundamental de petición y permite una comunicación entre los administrados y la administración. Su fluidez y eficacia han sido caracterizadas por la Corte como una exigencia impostergable para el funcionamiento de un estado democrático de derecho<sup>23</sup>.

1. El derecho de petición tiene dos componentes esenciales. El primero es la posibilidad de formular peticiones respetuosas ante las autoridades y, en algunos casos, ante organizaciones privadas. El segundo es la garantía de que se otorgue una respuesta de fondo, eficaz, oportuna y congruente con lo que se solicita. Así, para la Corte, el núcleo esencial de este derecho está compuesto por la pronta resolución de la petición, la existencia de una respuesta de fondo y la notificación de la decisión al solicitante.<sup>24</sup>

1. La pronta resolución exige que la solicitud se conteste en el menor tiempo posible, sin que pueda superar el término previsto en la ley. El artículo 14 de la Ley 1437 de 2011<sup>25</sup> dispone que el término general para resolver las peticiones es de 15 días hábiles siguientes a la recepción, salvo que la ley establezca un plazo distinto. Esa misma norma establece que, cuando se trate de requerimientos de documentos o información deben ser resueltas en 15 días hábiles, mientras que, cuando se trate de consultas a las autoridades sobre materias a cargo, esta tendrá 30 días hábiles.

1. Otro componente del núcleo esencial es la respuesta de fondo, lo cual supone que la respuesta a las peticiones debe ser clara, precisa, congruente y consecuente. Esto no implica que la respuesta deba ser afirmativa a los intereses del peticionario, pero sí exige que reúna estas condiciones para ser considerada válida<sup>26</sup>.

1. Finalmente, no basta con que la autoridad receptora responda la petición, sino que es necesario que esta respuesta se materialice, lo cual ocurre cuando el solicitante conoce el contenido de la contestación. Este deber de notificación se mantiene incluso cuando se trata de contestaciones que explican sobre la falta de competencia de la autoridad y la remisión a quien está encargada<sup>27</sup>.

1. En suma, el derecho fundamental de petición es la garantía que tienen las personas de tener un canal de comunicación con las autoridades públicas por motivos de interés general o particular. Este derecho implica el deber correlativo de la autoridad de contestar las solicitudes que les sean presentadas de forma oportuna, con una respuesta de fondo y con la notificación de su contenido al solicitante.

## E. El trasplante de órganos. Regulación y jurisprudencia

1. El trasplante es un procedimiento médico regulado que consiste en la utilización terapéutica de órganos y tejidos humanos, en el que se sustituye un componente anatómico que puede ser un órgano o tejido enfermo por uno sano procedente de un donante vivo o fallecido<sup>28</sup>. El trasplante es de tejidos cuando lo que se sustituye es una “entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza y con una misma función” <sup>29</sup>. Y de órganos cuando esa entidad morfológica está “compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de la misma función” <sup>30</sup>.

1. La alta regulación de esta alternativa terapéutica se debe principalmente a que se trata de un procedimiento en el que pocas veces la oferta de órganos supera la demanda. Adicionalmente, del trasplante de órganos depende la salud y la calidad de vida de quienes lo necesitan, incluso, en muchos casos, de un órgano puede depender la vida de una persona. Por consiguiente, lo relativo a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición de órganos y tejidos, así como su trasplante en seres humanos, involucra principios como la dignidad humana, la igualdad y el respeto por la vida.

1. El primer antecedente legislativo sobre el trasplante de componentes anatómicos con fines terapéuticos fue la Ley 9 de 1979, que fijó en el Ministerio de Salud la competencia para regular lo relativo a los trasplantes de órganos, tejidos y líquidos. También esa ley les impuso la obligación a las entidades interesadas de prestar el servicio de trasplante de solicitar ante la autoridad sanitaria una licencia para realizar estos procedimientos.

1. Posteriormente, el legislador expidió la Ley 73 de 1988, parcialmente vigente, con el objeto de regular la donación de componentes anatómicos. Puntualmente esa ley estableció que para el uso de componentes anatómicos era necesario el consentimiento del donante o de su familia, o que operara la presunción de legalidad que existe cuando una persona no ejerció su derecho a oponerse a la extracción de componentes anatómicos de su cuerpo una vez falleciera, siempre que su familia no se opusiera. La norma también mantuvo la competencia para reglamentar la materia en el Gobierno y prohibió el ánimo de lucro en la donación o suministro de componentes anatómicos

1. Esta ley se desarrolló parcialmente por los Decretos 172 de 1989 y 1546 de 1984. Estos decretos fueron luego derogados por el Decreto 2493 de 2004, cuyo objeto es “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”.

1. Finalmente, la Ley 1805 de 2016 amplió la presunción legal de donantes, para establecer que una persona es donante a menos de que se haya expresado oposición en vida. También en esta ley, entre otros asuntos, se establecieron obligaciones relacionadas con la divulgación y promoción de la donación de componentes anatómicos, la regulación para detectar posibles donantes, la reglamentación cuando se requiera realizar una autopsia, las entidades habilitadas y los requisitos para realizar trasplantes, la administración del Registro Nacional de Donantes y de la Lista de Personas en Espera de Donación, administrada por el Instituto Nacional de Salud.

1. Ahora bien, en términos generales, según lo informó el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud, el procedimiento para la asignación de componentes anatómicos es el siguiente:

1. Primero, cuando un médico tratante considera que el paciente puede ser candidato a un trasplante, lo remite a una IPS autorizada e inscrita para realizar el trasplante de órganos o tejidos que haga parte de la red de prestadores de la EPS del paciente<sup>31</sup>.

1. Segundo, la IPS habilitada para realizar el trasplante determinará si el paciente es apto para la realización del proceso a través de exámenes diagnósticos.

1. Tercero, deberá evaluarse si para ese caso existe la posibilidad de que el componente anatómico requerido provenga de un donante vivo, caso en el cual la EPS deberá autorizar la realización inmediata del trasplante<sup>32</sup>.

1. Cuarto, una vez se descarte la posibilidad de trasplante entre vivos, la IPS deberá ingresar

al paciente a la Lista de Personas en Espera de Donación que administra el INS e informar a la EPS, quien debe autorizar inmediatamente la realización del trasplante<sup>33</sup>.

1. Finalmente, una vez la persona ingresa a lista se espera la detección del donante, el rescate y la asignación del órgano. Por disposición del artículo 7 la Ley 1805 de 2016 los criterios únicos nacionales de distribución y asignación de órganos y tejidos son definidos por el Instituto Nacional de Salud, atendiendo la severidad de la enfermedad del paciente y a la compatibilidad.

1. Como se ve, el trasplante es un procedimiento médico de amplia complejidad que, por las particularidades ya descritas respecto de la escasez de órganos y de su importancia para preservar la salud, la calidad de vida y la vida de quienes lo necesitan, ha sido objeto de una amplia regulación legal y reglamentaria. Adicionalmente, sobre las condiciones para el desarrollo de este procedimiento y el acceso al mismo se han emitido diversos pronunciamientos por parte de esta Corporación en el marco del control concreto y abstracto de constitucionalidad, tal y como se pasa a explicar.

1. En un primer momento la Corte conoció de varias acciones de tutela en las que los accionantes solicitaban la realización de un trasplante que era negado por las empresas prestadoras de salud por no ser un procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, es decir, se abordó como un problema de cobertura del Sistema General de Salud. En esas decisiones la Corte adoptó dos tipos de decisiones: una que consistió en ordenar la realización del trasplante cuando estaba probado que médicamente era la alternativa terapéutica requerida por el paciente<sup>34</sup> y la otra que era ordenar que se hicieran las gestiones necesarias para evaluar la necesidad y viabilidad de ese procedimiento, cuando no era claro que el concepto médico fuera el de realizar el trasplante<sup>35</sup>.

1. En el año 2004 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Protección Social empezó a incluir los trasplantes de órganos dentro del Plan Obligatorio de

Salud<sup>36</sup>, por lo que la cobertura de estos procedimientos dejó de ser un asunto que llegara a conocimiento del juez de tutela. De hecho, actualmente los trasplantes de riñón, corazón, hígado, médula ósea, páncreas, pulmón, intestino, multivisceral y córnea están incluidos dentro del plan de beneficios y los afiliados tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo están exentos de copagos en la atención integral de este procedimiento<sup>37</sup>.

1. Posteriormente algunos ciudadanos acudieron a la acción de tutela para cuestionar el sistema de turnos en la asignación de órganos para trasplantes. Por ejemplo, en la sentencia T-568 de 2006 la Corte conoció el caso de una persona que necesitaba un trasplante de hígado que llevaba más de tres años en lista de espera para su realización. En esa sentencia la Sala de Revisión se pronunció respecto de algunos problemas administrativos que obstaculizaron el trasplante, sin embargo, recordó que los jueces de tutela en este tipo de casos no pueden otorgar plazos perentorios, pues su cumplimiento podría desconocer el derecho a la igualdad de los demás integrantes de la lista. Adicionalmente, esto desconocería que existen “criterios técnico científicos que determinan la prioridad con que se otorga un componente anatómico a un enfermo que se encuentra en la lista de espera”<sup>38</sup>.

1. La Corte en la sentencia T-111 de 2010 reiteró la regla respecto de la imposibilidad de dar plazos perentorios para realizar un trasplante. En ese caso la acción de tutela se presentó por una persona que solicitaba que se modificara la asignación de turnos para que pudiera ser beneficiaria de un trasplante de hígado que le había sido ordenado tres años antes de presentar la solicitud de amparo. Aquí la Corte concluyó que los criterios de asignación de componentes anatómicos están sujetos un proceso de selección razonable y que todos los pacientes en una lista de espera están en igualdad de condiciones para recibir un órgano, de manera que mediante la acción de tutela no se pueden alterar dichos turnos.

1. Los anteriores casos evidencian la problemática que se origina en la insuficiencia de oferta de órganos para trasplante respecto del número de pacientes que lo necesitan. Según el Instituto Nacional de Salud, para diciembre de 2022, 171 pacientes estaban en lista de

espera de un trasplante de hígado, de los cuales 14 eran menores de edad. El promedio de espera es de 361 días con unos extremos temporales que van desde un día de espera, hasta siete años.

A raíz de la escasez de órganos, se han generado prácticas no éticas como el tráfico y el turismo de órganos. La primera consiste en la extracción, uso e implantación de órganos de donantes vivos o fallecidos sin consentimiento a cambio de una retribución económica o de una ventaja comparable para el donante<sup>39</sup>. La segunda consiste en el movimiento transnacional de personas con el propósito de hacer un trasplante, este se puede dar por dos vías, una por la trata de personas con el fin de extracción de órganos o el tráfico de órganos, y la otra cuando la dedicación de recursos para realizar el trasplante a pacientes no residentes disminuye la capacidad del país de proporcionar servicios de trasplante a los nacionales y residentes propios<sup>40</sup>.

1. Con la proscripción de estas prácticas se pretende salvaguardar el ejercicio de la autonomía, en tanto la donación de un órgano debe provenir únicamente de la voluntad del donante cuando se trata de una persona viva y no de la coacción, amenaza, fraude, engaño, abuso de poder o condición de vulnerabilidad en la que se encuentre. Adicionalmente, con ello se busca proteger la dignidad humana, para impedir que una persona comercialice sus órganos para obtener una retribución económica o que incluso comprometa su vida para garantizar que su familia reciba una compensación por una donación posterior. Justamente, la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos señala que estas prácticas desconocen los principios de igualdad, justicia y dignidad humana, “puesto que los donantes con menos recursos económicos o más vulnerables son el blanco de la comercialización de trasplantes, se produce inexorablemente una injusticia y debería prohibirse”<sup>41</sup>.

1. En Colombia se expidió la Ley 919 de 2004 por medio de la cual se prohibió la comercialización de órganos y tejidos humanos para trasplante y se tipificó como delito la venta, comercialización o tráfico de componentes anatómicos. A su turno, para prevenir el

turismo de órganos, en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 el Gobierno Nacional determinó que la prestación de servicios de trasplante de órganos o tejidos a extranjeros no residentes solo se podrá efectuar cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en las listas de espera.

1. En vigencia de esa disposición la Corte profirió cuatro decisiones en sede de control concreto de constitucionalidad. La primera de ellas se originó en el caso de una ciudadana ecuatoriana no residente que invocó el amparo de sus derechos a la igualdad y a la vida, por cuanto necesitaba un trasplante de hígado que le había sido negado con fundamento en que no podía ingresar a la lista de espera por mandato expreso del artículo 40 del Decreto 2493 de 2004. En la sentencia T-269 de 2008, la Corte amparó los derechos de la tutelante y ordenó que en el término de 48 horas se iniciaran las gestiones necesarias para realizar el procedimiento de trasplante de hígado, por cuanto estaban en riesgo su vida e integridad personal. A juicio de este Tribunal, la aplicación de la norma reglamentaria hubiera conducido a ignorar la urgencia y apremio de un individuo, en contravía de sus derechos constitucionales fundamentales, cuya protección no conoce fronteras y está más allá del vínculo de un sujeto con el Estado.

1. La segunda decisión, que modificó la postura inicial de la Corte al respecto, fue la sentencia T-675 de 2012. En ese caso una ciudadana israelí solicitó la protección de sus derechos a la igualdad, a la salud y a la vida, que presuntamente fueron vulnerados por el Instituto Nacional de Salud, quien se negaba a incluirla dentro de la lista de espera de trasplante de corazón. Aunque el INS terminó incluyendo a la accionante dentro de la lista de espera y se le hizo el trasplante por razones humanitarias, la Corte consideró que la entidad demandada no desconoció los derechos de la actora al negar su inclusión en esta, pues su situación estaba contenida en la prohibición fijada en el Decreto 2493 de 2004, máxime que en ese caso estaba probado que la razón por la cual estaba en Colombia era para acceder al tratamiento médico. En este sentido, la Corte resaltó los esfuerzos del país para evitar el turismo de trasplante de órganos y reprochó que ciudadanos de otros países acudieran a Colombia para realizarse un procedimiento que se debía realizar en su país de origen,

práctica que disminuye la posibilidad de los residentes nacionales de obtener un trasplante.

1. En el mismo año la Corte profirió la sentencia T-1088 de 2012 en la que conoció el caso de una persona de nacionalidad brasileña que ingresó a Colombia con el objeto de recibir un trasplante de hígado. Tanto el Instituto Nacional de Salud como la IPS en la que fue atendida la persona negaron el procedimiento con fundamento en su condición de extranjera no residente. Por decisión del juez de segunda instancia el trasplante fue realizado, sin embargo, la Corte revocó dicha decisión al considerar que la no inclusión del actor en la lista de espera de trasplantes no vulneraba su derecho a la igualdad, ya que el trato diferente se encuentra justificado. La Corte explicó que los artículos 13 y 100 de la Constitución habilitan al legislador para establecer tratamientos diferenciales entre nacionales y extranjeros cuando el trato diferente esté soportado en una justificación objetiva y razonable. Así, llegó a la siguiente conclusión:

“[E]l 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 y la ley, lo que les permite exigir del Estado Colombiano la garantía de sus derechos fundamentales, mientras que los extranjeros no residentes, en razón a su corta permanencia en el país, por ejemplo, no contribuyen con el sostenimiento del sistema de seguridad social, entre otras, obligaciones.”

Adicionalmente, en esta sentencia se destacó la importancia de la lucha contra el turismo de órganos y la necesidad de que cada país desarrolle sistemas de trasplante de órganos que le permitan cubrir su demanda interna, sin afectar los recursos que otros países destinan para prestar los servicios de trasplantes de sus nacionales y residentes.

1. Finalmente, en vigencia de esa normatividad la Corte profirió la sentencia T-728 de 2016 que reiteró la sentencia T-1088 de 2012. En esa decisión la Corte consideró que las instituciones accionadas no vulneraron los derechos fundamentales de un nacional hondureño con visa de permanencia temporal y afiliado al régimen contributivo de salud al negar su inclusión en la lista de espera de trasplante de hígado. La Sala de Revisión sostuvo que existían 134 personas nacionales o residentes en espera del mismo órgano, por lo que no se cumplía el requisito de la norma para permitir que un extranjero no residente pudiera ser incluido en la lista.

1. Luego, se expidió la Ley 1805 de 2016 y en el artículo 10 se modificó la regulación respecto del trasplante de órganos a extranjeros no residentes<sup>42</sup>. Al respecto se dispuso que: (i) está prohibido el trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes, salvo que el receptor sea el cónyuge, compañero permanente, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante; (ii) está permitido el trasplante de tejidos cuando exista suficiente oferta para cubrir la demanda interna, previa autorización del Ministerio de Salud y Protección Social; (iii) en todo caso, la norma dispuso que existía prelación de los nacionales y extranjeros residentes. La norma también incluyó un párrafo que disponía que cuando el receptor fuera el cónyuge o compañero permanente del donante se debía probar una convivencia de dos años después de celebrado el matrimonio o reconocida la sociedad de hecho.

1. La sentencia C-372 de 2019 estudió la demanda formulada en contra del párrafo del artículo 10 por la violación de los derechos a la igualdad, a la no discriminación en razón al origen, a la efectividad de los derechos de los extranjeros y a la salud. En concreto examinó si el tiempo de convivencia cuando el donante es cónyuge o compañero permanente configuraba una condición desproporcionada para acceder a la donación de órganos respecto del tiempo de convivencia. La Corte en esa oportunidad declaró la exequibilidad condicionada de esa disposición en el entendido de que se puede donar un órgano o tejido a un extranjero no residente cuando la necesidad del trasplante surge con posterioridad a que se perfecciona el vínculo matrimonial o la unión marital de hecho, pero mantuvo la limitación

cuando la necesidad del trasplante es previa a la unión<sup>43</sup>.

1. La Sala Plena llegó a esa conclusión luego de hacer un juicio estricto de igualdad, con fundamento en las consideraciones que a continuación se exponen. La finalidad que persigue la medida es imperiosa, por cuanto la preocupación que motivó al legislador fue la de combatir el tráfico y el turismo de órganos, así como salvaguardar los derechos a la salud y a la igualdad de los nacionales y residentes. La medida es adecuada al fin, porque la condición de convivencia busca evitar que Colombia se vuelva un destino para el trasplante de órganos. Un requisito de convivencia de dos años asegura que la motivación de la donación no esté ligada a la comercialización de órganos. Por otra parte, la medida es necesaria, pues no existe una menos gravosa para asegurar que el trasplante entre parejas responda a motivos de solidaridad y no a transacciones comerciales. Finalmente, la medida es proporcional en sentido estricto porque restringe temporal y no definitivamente el acceso a órganos de un compañero permanente o esposo; y porque es una medida que tiene un componente de prohibición, ya que permite la posibilidad de recibir órganos, pero proscribire que la motivación no esté guiada por vínculos emocionales. Por esta razón, se condicionó la norma en el sentido de permitir el trasplante sin sujeción a ninguna limitación cuando la necesidad de realizarlo es posterior al matrimonio, ya que con ello se evita la celebración de matrimonios y uniones maritales fraudulentas, con el objeto de abusar del derecho a acceder a componentes anatómicos.

1. Posteriormente, el artículo 90 del Decreto Ley 2106 de 2019, que simplificó trámites y procesos en la administración pública, modificó el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016. Dicho decreto ley mantuvo la redacción original respecto de la prohibición de prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes, salvo que se trate de un donante vivo relacionado. También mantuvo la posibilidad de que se trasplanten tejidos a extranjeros no residentes cuando la oferta supera la demanda. Sin embargo, dispuso que ya no sería el Ministerio de Salud y Protección Social quien debe autorizar este trasplante, sino que, a partir de ese momento, el encargado sería el Instituto Nacional de Salud.

1. Ya en vigencia de esta norma la Corte se pronunció una vez más en control concreto manteniendo la misma línea de decisión que había reiterado en torno a la imposibilidad de incluir en la lista de espera de donación de órganos a extranjeros no residentes. La sentencia T-482 de 2018 conoció la solicitud de un ciudadano español que exigía la realización de un trasplante hepático luego de que la EPS a la que estaba afiliado le negara la prestación del servicio por ser un extranjero no residente. Para la Corte la entidad demandada no vulneró los derechos del accionante porque su decisión estuvo ajustada a la jurisprudencia constitucional y al artículo 10 de la Ley 1805 de 2016.

1. Una vez abordado el marco legal y jurisprudencial del trasplante de órganos en Colombia se concluye que la regulación ha tenido seis elementos determinantes para su desarrollo que son: (i) la prohibición de contribución o retribución por la donación de órganos y con ello la configuración del tráfico de órganos como un delito; (ii) debido a la escasez de órganos su asignación debe ser delimitada por un sistema de turnos que se otorgan con base en criterios técnico-científicos de asignación y selección; (iii) el turismo de órganos es una práctica indeseada que involucra el tráfico y la disminución de las posibilidades de acceso a un órgano para los nacionales y extranjeros; (iv) la realización de trasplantes de tejidos y de órganos está destinada principalmente para nacionales y extranjeros residentes; (v) por excepción, está permitido el trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes cuando el receptor sea el cónyuge, compañero permanente, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante y (vi) el trasplante de tejidos a extranjeros no residentes está permitido cuando exista suficiente oferta para cubrir la demanda interna, previa autorización del Instituto Nacional de Salud.

1. Por su parte, la postura de la Corte ha sido la de avalar el trato diferente de los nacionales y de los residentes respecto de los extranjeros no residentes con fundamento en dos razones. La primera, es prohibir el turismo de órganos, comoquiera que se trata de una práctica que incentiva el tráfico de estos componentes anatómicos y afecta la posibilidad de los residentes colombianos que hacen parte de una lista de espera de conseguir el órgano que necesitan. La segunda, es que al tratarse de servicios de salud es válido que se restrinja

el derecho de los no residentes, en la medida en que, en principio, por su corta permanencia en el país, no están sujetos a las mismas obligaciones que los nacionales y residentes, por ejemplo, respecto de su contribución al sistema de seguridad social. En este sentido, la Corte ha señalado que los derechos de los extranjeros “pueden ser excepcionalmente subordinados a condiciones especiales, o incluso se puede negar el ejercicio de determinados derechos por razones de orden público”<sup>44</sup>.

1. Ahora bien, la Sala a continuación abordará este último punto que trata sobre el derecho a la salud de los extranjeros no residentes en Colombia. Puntualmente, examinará la situación de los nacionales venezolanos en un contexto de migración masiva y crisis humanitaria.

#### F. Protección del derecho a la salud de ciudadanos venezolanos en el contexto de una crisis humanitaria

1. Desde el año 2014 Venezuela atraviesa una situación económica, política y social compleja que ha llevado a una crisis humanitaria de grandes proporciones. Debido a esta emergencia, millones de personas no tienen acceso a atención básica de salud y a una nutrición adecuada. Esto ha tenido impactos en la salud de toda la población, pero ha afectado especialmente a grupos que han estado en riesgo y vulnerabilidad como lo son los niños, niñas y adolescentes<sup>45</sup>.

1. Como consecuencia de lo anterior, Venezuela presenta el movimiento migratorio más grande de la región y el segundo a nivel mundial<sup>46</sup>. Se estima que 7.1 millones de personas han salido del país, con el propósito de mejorar sus condiciones de vida. Para la CIDH la migración “responde a una estrategia de supervivencia para salvaguardar derechos como la vida, la integridad personal, la salud y la alimentación.”<sup>47</sup>, lo cual ha sido resultado del “acentuado deterioro de la institucionalidad democrática y de la situación de derechos humanos en Venezuela durante las últimas dos décadas”<sup>48</sup>.

1. Por la amplia frontera terrestre que ese país comparte con Colombia, este ha sido el principal país de acogida de migrantes venezolanos<sup>49</sup>. Según la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela<sup>50</sup>, para el mes de octubre de 2022, 2.477.588 personas provenientes de Venezuela están residiendo en Colombia y 289.228 están regularizadas. La migración masiva proveniente de Venezuela ha generado que Colombia y en especial algunos departamentos y municipios del país, enfrenten una crisis humanitaria.

1. Los migrantes venezolanos que abandonaron su país en forma masiva y llegaron a Colombia sin recursos económicos buscando mejorar sus condiciones de vida, se encuentran en un delicado contexto de crisis humanitaria que los pone en una situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja, por lo que requieren de medidas especiales por parte del Estado<sup>51</sup>. Justamente, en marzo de 2018, la Agencia de la ONU para Refugiados (ACNUR) en una nota de orientación sobre el flujo de venezolanos instó a los estados receptores para que permitieran el acceso de esta población al territorio y para que creen mecanismos para su protección<sup>52</sup>. En especial, ACNUR explicó que deberían garantizarse estándares mínimos, entre los que se encuentran el de legalidad, accesibilidad, acceso a los derechos básicos y garantías de no retorno. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos iniciales de los estados receptores, los patrones masivos de migración desbordaron la capacidad institucional de las regiones, ciudades y municipios de acogida, lo que ha exigido una actuación de los estados a nivel territorial y nacional.

1. Por lo anterior, el Estado colombiano ha adoptado un conjunto de medidas que, por su finalidad, pueden agruparse en distintas etapas. En un primer momento la política pública estuvo dirigida a atender el fenómeno migratorio urgente y se limitó a las acciones humanitarias y de regularización de la población<sup>53</sup>. Posteriormente, a partir del año 2018, el gobierno ha procurado delinear rutas para la atención de la población migrante en el mediano plazo, a través de medidas que están dirigidas a atender las necesidades de salud, primera infancia, educación e inserción laboral de los migrantes venezolanos<sup>54</sup>. Finalmente,

el comportamiento de la población migrante proveniente de Venezuela permitió al Estado colombiano reconocer que la mayoría de migrantes tienen vocación de permanencia, lo que hizo encaminar los esfuerzos del gobierno a garantizar en el largo plazo la sostenibilidad de la integración de la población migrante en términos sociales, económicos y culturales, de forma que la migración se convierta en un factor de desarrollo para el país<sup>55</sup>.

1. La puerta de entrada para permitir el acceso de los migrantes a la oferta de servicios ofrecidos por el Estado ha sido la emisión de documentos como las autorizaciones de tránsito fronterizo<sup>56</sup>, las tarjetas de movilidad transfronteriza<sup>57</sup>, los permisos de ingreso y permanencia<sup>58</sup>, los permisos temporales de permanencia<sup>59</sup> y los permisos especiales de permanencia<sup>60</sup>; al igual que un registro especial llamado Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos<sup>61</sup>, que permitía consolidar la información sobre esa población<sup>62</sup>.

1. Actualmente se encuentra vigente el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos bajo Régimen de Protección Temporal que fue adoptado por el Decreto 216 de 2021 y reglamentado mediante la Resolución 971 de 2021 de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Su objeto es establecer un mecanismo jurídico para proteger temporalmente a la población migrante Venezolana que cumpla con los requisitos dispuestos por el gobierno<sup>63</sup>.

1. Este estatuto está compuesto por el Registro Único de Migrantes Venezolanos y por el Permiso de Protección Temporal (PPT). El primero de ellos busca recaudar y actualizar información como insumo para el diseño y formulación de políticas públicas, así como para identificar a los migrantes venezolanos que cumplan con las condiciones para acceder al Estatuto de Protección Temporal para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal. El segundo, esto es, el permiso, es un mecanismo de identificación y de regularización migratoria que autoriza a los venezolanos a permanecer en el territorio colombiano en condiciones de regularidad migratoria especiales, así como a ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país. Con el permiso sus titulares pueden acceder al

sistema de seguridad social en salud y pensión, tener relaciones comerciales con entidades financieras, convalidar estudios, tramitar tarjetas profesionales, además de poder utilizarlo en otras situaciones en las que requieran identificarse y acreditar su estatus migratorio.

1. Posteriormente y en desarrollo de este estatuto, el Ministerio de Relaciones Exteriores profirió la Resolución 5447 de 2022 que estableció como una categoría dentro de la visa de residente permanente, la de aplicación del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. Concretamente el artículo 91 del citado acto administrativo dispone que para el otorgamiento de la visa se requiere: (i) haber sido titular de un permiso especial de permanencia vigente por 5 años, o de un documento que demuestre que ha sido titular del permiso de protección temporal vigente por 5 años o haber completado entre los dos permisos este mismo lapso de tiempo, así como (ii) contar con un permiso de protección temporal vigente.

1. Como se ve, el PPT es un instrumento especial que permite a los ciudadanos venezolanos su identificación y su regularización en el país. La finalidad de este permiso, inserto dentro del Estatuto, es crear una protección temporal que les permita a estos migrantes acceder a la oferta de servicios estatales y también que, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, puedan adquirir la condición de residentes. En efecto, a partir del año 2021 el Estatuto permitió que con el PPT se pudiera acreditar la permanencia en Colombia para efectos de la acumulación del tiempo para acceder a una visa de residente.

1. En términos de regulación migratoria esto demuestra que no es equiparable ser titular de un PPT con ser un extranjero residente, ya que solo ostentan esta categoría: (i) los titulares de la visa de residente y (ii) los titulares de una visa de migrante, siempre que el extranjero haya sido titular de una o varias visas de ese tipo por tres años de manera continua<sup>64</sup>. Ello se explica en que no todos los migrantes venezolanos que obtienen un PPT tienen la intención de permanecer indefinidamente en Colombia, lo cual hizo que el gobierno fijara un tiempo preciso de permanencia a partir del cual esa intención puede presumirse y así dar lugar a que una persona proveniente de Venezuela obtenga todos los derechos asociados a la condición de residente y sea sujeto de los deberes predicables de quienes habitan

permanentemente el territorio colombiano.

1. Otra de las garantías que ha intentado cubrir el Estado, además de la de regularización en términos de legalidad, es la del derecho a la salud. Como lo dijo la Corte en la sentencia SU-016 de 2021, el Estado ha adoptado medidas que permiten dar una “respuesta al fenómeno migratorio actual que sea congruente con la dignidad humana, los compromisos internacionales del Estado, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas y los principios de universalidad y solidaridad de la seguridad social en salud.”<sup>65</sup> La protección de este derecho ha involucrado la actuación conjunta de las entidades del orden nacional y del orden territorial, así como las medidas impulsadas por los jueces constitucionales.

1. En materia de atención en salud de la población migrante venezolana hay que diferenciar dos escenarios. El primero es el de los migrantes no regularizados y el segundo el de quienes ya cuentan con un documento que les permite residir legalmente en el país.

1. Para atender el primer escenario el presupuesto de rentas del año 2017 asignó una partida presupuestal para financiar las atenciones iniciales de urgencias que se presenten a los nacionales de los países fronterizos. Adicionalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió el Decreto 866 de 2017, en cuyo artículo 2.9.2.6.1. se dispuso que el Ministerio debe poner a disposición de las entidades territoriales los recursos excedentes de la subcuenta del FOSYGA para cubrir el pago de las atenciones iniciales de urgencia prestada a los nacionales de países fronterizos.

1. Para el caso específico de migrantes venezolanos, el artículo 7 del Decreto 1288 de 2018 dispuso que los nacionales venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos tienen derecho a la atención de urgencias y que pueden afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado,

cuando cumplan los requisitos dispuestos en el Decreto 780 de 2016.

1. La Corte en sede de revisión amplió las hipótesis en las que una atención en salud podía ser considerada una urgencia. Por ejemplo, en la sentencia SU-677 de 2017 la Sala Plena revisó el caso de una mujer venezolana que estaba embarazada y a quien le negaron la práctica de los controles prenatales y la asistencia del parto por no tener su situación regularizada. A pesar de que el embarazo no es considerado una urgencia, la Corte sí concluyó que la accionante requería de una atención urgente, lo cual incluía los controles prenatales y la atención del parto. Este Tribunal llegó a esa conclusión, tras considerar los riesgos a los que están expuestas las mujeres gestantes, los cuales “incluso las pueden llevar a su muerte, en especial, en situaciones de crisis humanitaria como la que actualmente ocurre en el Estado colombiano por la migración masiva de ciudadanos venezolanos”<sup>66</sup>.

1. En la sentencia T-210 de 2018 la Corte revisó el caso de una ciudadana venezolana en situación migratoria irregular, a quien le negaron los servicios de quimioterapia, medicamentos y procedimientos médicos que requería para tratar el cáncer de útero que le fue diagnosticado, porque se trataba de servicios ambulatorios. La Sala de Revisión puntualizó que la atención de urgencias incluye el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando el médico tratante haya solicitado los servicios de salud de manera urgente, de forma que se entienda que son indispensables para preservar la vida del paciente. Al decidir el caso la Corte concluyó que la autoridad demandada vulneró sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, por no tener en cuenta el criterio médico, el estado avanzado de su enfermedad y su situación de vulnerabilidad. En esa misma sentencia, este tribunal se pronunció sobre el caso de un niño de dos años proveniente de Venezuela, sin su situación migratoria resuelta, a quien le negaron una valoración por cirugía pediátrica para tratar unas hernias que tenía, bajo el argumento de que no representaba una urgencia vital. Para la Corte, la autoridad accionada no tuvo en cuenta que el médico tratante consideró dicha valoración como urgente y prioritaria y que por ello procedía la prestación del servicio como parte de la atención en urgencias.

1. En la sentencia T-197 de 2019 la Corte amparó los derechos a la vida digna y a la salud de un migrante venezolano irregular a quien las secretarías de salud municipal y departamental le negaron la atención médica para tratar el cáncer que le había sido diagnosticado. Además de haber reiterado su jurisprudencia para ordenar la atención la prestación de servicios que el actor requiriera con necesidad para el tratamiento de una enfermedad catastrófica como el cáncer, la Sala de Revisión llamó la atención acerca de que los migrantes irregulares que pretendan recibir una atención médica integral deben atender la normativa vigente de afiliación al sistema de salud, para lo cual se hace necesaria su regularización inmediata.

1. En todo caso, en sentencias posteriores la Corte aclaró que cuando se trata del acceso a los servicios de salud de menores de edad extranjeros que requieren de un tratamiento, no es constitucionalmente admisible que se les exija regularizar su situación migratoria, no solo por su condición de niños, niñas y adolescentes, sino además por el estado de vulnerabilidad en el que se encuentran por su enfermedad y por haber tenido que abandonar su país intempestivamente. En este sentido, la Corte en la sentencia T-390 de 2020, reiterada en la sentencia T-021 de 2021, señaló que en el caso de NNA extranjeros el no adelantamiento por parte de los padres o representantes legales de los menores de edad de los trámites para regularizar su situación migratoria y gestionar su vinculación al sistema de seguridad social en salud no puede traer como consecuencia la desatención en los servicios que los NNA requieran con necesidad.

1. Así, para la Corte, en los casos en que está involucrado un menor de edad en situación irregular, en aplicación de los principios constitucionales de “solidaridad, dignidad humana, interés superior y protección especial de los menores de edad, y en razón a la prevalencia de los derechos fundamentales de estos”<sup>67</sup>, el Estado no solo debe prestar los servicios de atención en urgencia, sino que también debe suministrar los demás servicios que requieran para obtener el más alto nivel de salud posible. En efecto, el Estado está obligado a prestar los servicios de salud a los menores de edad que tienen alguna afección física o cognitiva, sin ningún tipo de discriminación u obstáculo. En esa medida, se les debe garantizar “tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida,

incluyendo a los niños, niñas y adolescentes migrantes, a pesar de que no se encuentren regularizados en el país y, en consecuencia, no estén vinculados al SGSSS”<sup>68</sup>.

1. De las anteriores decisiones es posible extraer las siguientes reglas respecto de la atención en salud de los migrantes venezolanos no regularizados: (i) los extranjeros no residentes en Colombia tienen derecho a la atención inicial de urgencias; (ii) la atención prenatal y el parto están incluidos dentro del concepto de atención en urgencias por los riesgos asociados al embarazo, los cuales se acentúan en situaciones de crisis humanitaria; (iii) en función de la gravedad del caso, el concepto de atención de urgencias puede incluir los procedimientos para atender a una persona que esté diagnosticada con una enfermedad catastrófica y (iv) cuando se trate de la atención que requieran niños, niñas y adolescentes, esta debe ser integral, sin importar su situación migratoria.

1. La afiliación al sistema de seguridad social en salud genera para el afiliado, de acuerdo con el artículo 2.1.3.4. del Decreto 780 de 2016, la posibilidad de acceder a los servicios de salud incluidos en el Plan de Beneficios de Salud. Sin embargo, existen servicios que, por sus características y en atención al bien del que es objeto el procedimiento, están restringidos por el estatus migratorio de la persona en el país. Esto ocurre con el trasplante de órganos con donante cadavérico, el cual solo se puede hacer en favor de nacionales colombianos y extranjeros residentes en el país<sup>71</sup>. Así, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud no desvanece la prohibición de trasplante de órganos con donante cadavérico a extranjeros residentes, pues se trata de una exclusión específica que, como se dijo previamente, está contenida en una norma especial que regula el procedimiento médico de trasplante de órganos y tejidos.

1. Al respecto, cabe resaltar que la Corte ha señalado que en materia de salud la diferenciación entre nacionales y residentes, por un lado, y extranjeros no residentes, por

otro, es válida en tanto el Estado colombiano tiene el deber de garantizar un mínimo de servicios de salud en casos de necesidades primarias y de urgencias, sin perjuicio de que el legislador pueda ampliar su protección con la regulación que corresponda<sup>72</sup>. De ello se desprende que la prestación del servicio de salud tiene una zona complementaria, la cual “es definida por el correspondiente órgano político de representación popular, atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales”<sup>73</sup>. Tratándose de este procedimiento médico, como se expuso en el acápite correspondiente, el legislador decidió restringirlo con el objeto de distribuir entre nacionales y residentes un recurso escaso, así como prevenir el turismo de trasplantes y el tráfico de órganos.

1. Dicho esto, en términos de prestación de servicios de salud a migrantes venezolanos que cuentan con su situación migratoria resuelta a través de un permiso por protección temporal, no existe diferencia respecto de los nacionales colombianos y de los extranjeros residentes en Colombia, pues ambos tienen derecho a que se les garantice la misma cobertura, sin discriminación por su situación migratoria. Sin embargo, por norma especial, esta cobertura no incluye el trasplante de órganos por donante cadavérico, por las razones que fueron expuestas en esta providencia.

1. En conclusión, la migración de ciudadanos venezolanos a causa de la situación económica, política y social de su país de origen ha llevado a que ingresen de forma intempestiva y masiva a los países de la región con la necesidad de mejorar sus condiciones de vida. Sin embargo, el comportamiento masivo y constante de la migración ha llevado a que estas personas atraviesen en los países de acogida una crisis humanitaria, lo que ha requerido por parte de los estados la adopción de todo tipo de acciones dirigidas a atender sus necesidades. Es así como el gobierno colombiano ha adoptado distintas medidas que han ido desde la atención humanitaria, la legalización de su permanencia, el acceso a la oferta institucional en materia de salud, primera infancia, educación, trabajo y otro tipo de servicios, hasta su integración para el desarrollo del país.

1. En términos de derecho a la salud, por decisión del gobierno, a los migrantes venezolanos no regularizados se les ha garantizado la atención inicial de urgencias. Adicionalmente, por la intervención del juez constitucional, el concepto de atención inicial de urgencias ha permitido abarcar eventos como embarazos, enfermedades catastróficas y, en casos de niños, el tratamiento integral de las enfermedades que padezcan con independencia de la calificación de urgencia o del carácter catastrófico. Finalmente, los migrantes venezolanos regularizados tienen derecho a acceder a una atención en salud en las mismas condiciones que los nacionales colombianos y que los extranjeros residentes, a través de su afiliación al sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo cuando tienen los recursos para hacerlo, o en el subsidiado cuando se trata de población sin capacidad de pago y vulnerable. Ello sin perjuicio de la restricción que tiene un extranjero no residente de acceso a un trasplante de órganos con donante cadavérico.

1. Una vez abordadas las consideraciones generales sobre el trasplante de órganos y el derecho a la salud de los ciudadanos venezolanos en el contexto de migración masiva y crisis humanitaria, la Sala pasará a resolver el caso concreto.

#### G. Caso concreto

1. La Sala procede a pronunciarse sobre el primer problema jurídico que consiste en definir si la EPS Capital Salud, el Instituto Nacional de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud vulneraron el derecho de petición cuando omiten dar una respuesta de fondo a una solicitud de inclusión de un adolescente extranjero de nacionalidad venezolana con permiso por protección temporal vigente en la lista de espera para trasplante de órgano con donante no

vivo.

1. Al respecto, está probado que la EPS Capital Salud dio respuesta a la petición de la señora MASG el 10 de noviembre de 2022, es decir, un día después de que se presentó la acción de tutela<sup>74</sup>. La respuesta que dio la EPS fue de fondo, ya que le informó a la mamá del accionante que la IPS que estaba atendiendo a su hijo, esto es, la Fundación Santa Fe de Bogotá, era la encargada de adelantar los trámites para el ingreso del menor de edad a la lista de espera de donantes, la cual es administrada por el Instituto Nacional de Salud. Adicionalmente, la respuesta se envió a los correos electrónicos dispuestos por la parte actora para notificaciones<sup>75</sup>. En este orden de ideas, al haber dado respuesta de fondo, así no fuera favorable, y al haber notificado de esa decisión al accionante durante el trámite de amparo, la Sala encuentra que operó una carencia de objeto por hecho superado frente al derecho de petición respecto de la EPS Capital Salud<sup>76</sup> y, por esto, corresponde confirmar la sentencia del 22 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Cincuenta Administrativo Oral de Bogotá en primera instancia.

1. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto del Instituto Nacional de Salud, pues a pesar de que en su contestación a la acción de tutela afirmó que respondió la solicitud que la mamá del accionante presentó en ejercicio del derecho de petición, no aportó prueba de la respuesta ni de la correspondiente notificación. Por lo anterior, se concluye que el Instituto Nacional de Salud vulneró la garantía fundamental de petición del accionante. A la misma conclusión se llega frente a la Superintendencia Nacional de Salud, quien ni siquiera respondió la acción de tutela. Por lo anterior, habrá lugar a confirmar la decisión de primera instancia que declaró que las dos entidades desconocieron el derecho fundamental de petición del accionante y, por lo tanto, se ordenará que, además de dar respuesta en los términos ordenados en la sentencia de primera instancia, se abstengan de incurrir nuevamente en omisiones en el ejercicio de sus competencias y desatender solicitudes en ejercicio del derecho de petición.

1. Ahora bien, corresponde a la Sala pronunciarse acerca del segundo problema jurídico propuesto y es el relacionado con la omisión de autorizar el trasplante de hígado requerido por el accionante con fundamento en que no es un extranjero residente. Es importante mencionar que para la fecha en la que se presentó la acción de tutela, esto es, el 9 de noviembre de 2022, aún no existía una orden o solicitud de autorización de servicio de trasplante de hígado emitida por los médicos tratantes de JMCS. De hecho, solo hasta el 23 de mayo de 2023 un médico cirujano de trasplantes de la Fundación Cardioinfantil solicitó autorización para el siguiente procedimiento: “trasplante hepático donante vivo o cadavérico con cobertura por un año”. Aunque el conocimiento de este hecho se dio por la solicitud de pruebas que hizo esta Corporación, la Sala evidencia que la señora MASG presentó la acción de tutela para precaver una amenaza sobre los derechos de su hijo a la vida y a la salud, anticipando la negativa de la EPS Capital Salud a la autorización del trasplante. Durante el trámite de amparo esa presunta amenaza se concretó con la decisión de la EPS accionada, que no autorizó el trasplante de hígado solicitado por el médico cirujano de la Fundación Cardio Infantil y, por ello, el análisis que hará la Corte se basa en los presupuestos fácticos conocidos hasta la fecha en la que se profiere esta sentencia.

1. Dicho eso, para abordar este problema jurídico la Sala dividirá su estudio y decisión en dos partes. La primera estará relacionada con el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales de JMCS a la salud y a la vida por la omisión en la prestación del servicio de salud de trasplante de hígado con un donante vivo relacionado y, la segunda, con el presunto desconocimiento de esos mismos derechos por la no inclusión de JMCS en la lista de espera de trasplante de hígado, esto es, con donante cadavérico.

1. Respecto de la donación con donante vivo relacionado lo primero que se debe mencionar es que mediante auto 12 de julio de 2023 la Sala Primera de Revisión decretó, como medida provisional, que la EPS Capital Salud, en el marco de la solicitud de autorización de servicios emitida el 23 de mayo de 2023 por el médico cirujano de trasplantes de la Fundación Cardioinfantil, adelantara todos los trámites administrativos y coordinara con la Fundación Santa Fe, IPS con la cual tiene contratados los servicios de trasplante, para que se adelanten

los procedimientos médicos dirigidos a establecer la viabilidad de que el trasplante hepático se realizara con un donante vivo relacionado.

1. El servicio médico de trasplante hepático está cubierto por el Plan de Beneficios de Salud, es decir, que su costo es asumido por el régimen contributivo o subsidiado de salud. Respecto de este procedimiento de salud no existe una norma especial que lo prohíba en personas extranjeras no residentes en Colombia. Por el contrario, el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016, modificado por el Decreto Ley 2106 de 2019, dispone que el trasplante de órganos a extranjeros no residentes podrá hacerse cuando el receptor sea el cónyuge, compañero permanente, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante.

1. Por lo anterior, en la medida en que existe concepto médico favorable respecto del trasplante de hígado para el accionante, que se trata de un servicio cubierto por el Plan de Beneficios en Salud del cual es beneficiario JMCS por estar afiliado al régimen subsidiado de salud y que no existe ninguna limitación aplicable a este procedimiento en razón de la nacionalidad o calidad de residente del receptor, la Sala confirmará la medida provisional dictada mediante auto del 12 de julio de 2023 y, en esa medida, ordenará a la EPS Capital Salud que continúe con la realización de los procedimientos médicos dirigidos a establecer la viabilidad de que el trasplante hepático que necesita JMCS se realice con un donante vivo relacionado. En caso de ser posible, la EPS deberá proceder con su realización de la manera más expedita posible.

1. Ahora bien, tratándose del trasplante con donante cadavérico, es decir con ingreso a lista de espera, la Sala debe responder si la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016, modificada por el Decreto Ley 2106 de 2019, es aplicable a JMCS, porque, en principio, su situación estaría cubierta en el supuesto de hecho que regula la norma. En efecto, JMCS es titular de un PPT desde el 25 de mayo de 2022, por lo que solo hasta el año 2027 podría solicitar una visa de residente y así cumplir la condición que se le exige,

además, a pesar de estar afiliado al régimen subsidiado en salud, este procedimiento tiene una exclusión expresa para su prestación a extranjeros no residentes.

1. Sin embargo, existen razones humanitarias que inciden en la manera de abordar este caso y el enfoque desde el cual debe resolverse el problema jurídico puesto en consideración en esta oportunidad. Esto exige de parte del juez constitucional un análisis que tenga en cuenta, primero, que el accionante es un adolescente, sujeto de especial protección constitucional, que se encuentra en situación de indefensión y vulnerabilidad por su grave enfermedad y, segundo, que se está en un contexto de crisis humanitaria originada por la migración masiva de personas provenientes de Venezuela, quienes no han encontrado en su país la posibilidad de atender sus necesidades básicas.

1. Así, el juez se enfrenta a una tensión importante entre mantener una prohibición que responde a fines imperiosos, por un lado, y en la situación del accionante, por la otra, como pasa a exponerse.

1. La prohibición de trasplante de órganos a extranjeros no residentes responde a finalidades imperiosas. En primer lugar, distribuir un recurso escaso como lo son los órganos donados por los residentes de un país y, en segundo lugar, evitar el turismo de trasplantes y el tráfico de órganos. Respecto de la primera finalidad, se recuerda que existe una lista de espera por cada órgano en el país, la cual es administrada por el Instituto Nacional de Salud. Justamente, esta autoridad informó que, para diciembre de 2022, 171 pacientes estaban en espera de un trasplante de hígado y 14 de ellos eran menores de edad. Esto demuestra que la demanda de un hígado supera la oferta disponible en el país, de manera que la asignación de un bien escaso a una persona afecta la posibilidad de otra de recibirlo. En cuanto a la finalidad relacionada con evitar el turismo de trasplantes y el tráfico de órganos se trata de un propósito que protege la autonomía y la dignidad de los potenciales donantes y, con ello, evita que se ofrezcan y paguen retribuciones económicas a cambio de un órgano.

1. Por otra parte, JMCS, es un adolescente de 13 años, que desde su nacimiento ha presentado diversas enfermedades hepáticas que lo llevaron a recibir un primer trasplante cuando tenía dos años. El accionante y su madre abandonaron su país de origen intempestivamente y cruzaron la frontera de forma irregular por la imposibilidad de recibir en Venezuela un tratamiento adecuado a su diagnóstico. Por el empeoramiento de sus síntomas, JMCS fue atendido en distintos centros médicos en los que le realizaron exámenes y procedimientos que, finalmente, culminaron con el concepto médico acerca de la necesidad de realizar un trasplante de hígado que podría ser por donante vivo relacionado o por donante cadavérico.

1. Analizadas estas tensiones, la Sala adoptará una postura en favor de los derechos de JMCS por las razones que se exponen a continuación: la primera es que la finalidad de impedir el tráfico y el comercio de órganos a través de la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016, modificada por el Decreto Ley 2106 de 2019, se desdibuja en este caso, ya que es claro que el accionante no ingresó al país con el objeto de saltar el orden de asignación de órganos en su país ni de comprar un órgano, por el contrario, él ingresó debido a que tenía serios síntomas relacionados con la falla hepática que tiene diagnosticada y que no pudieron ser tratados en Venezuela debido a la crisis humanitaria que atraviesa ese país, la cual, como los intervinientes expusieron, afecta la prestación del derecho a la salud. Fue solo después de una serie de exámenes, procedimientos y tratamientos farmacológicos que se llegó a la conclusión médica de la necesidad del trasplante.

1. La segunda razón es que, aunque la finalidad de distribuir los órganos donados por los residentes de un país entre nacionales y residentes es imperiosa y busca proteger la salud e integridad de quienes se encuentran en una lista de espera, este es un caso excepcional que exige de la adopción de acciones humanitarias por parte de la sociedad y Estado. La solidaridad como valor para hacer posible la convivencia humana no solo puede ser predicable entre nacionales y residentes. Los movimientos migratorios recientes han demostrado la necesidad de reforzar los deberes de solidaridad, principio estructural del modelo de Estado instituido en la Carta Política y extenderlos a la situación de los migrantes

en contextos de crisis humanitaria, quienes deben atravesar un cambio abrupto de su realidad, sometiéndose a riesgos que pueden estar asociados con la pérdida de su patrimonio y de su familia por preservar sus derechos a la vida, a la libertad, a la salud, a la alimentación, a la integridad personal y al trabajo, entre otros.

1. Justamente, la tercera razón está asociada a la crisis humanitaria generada por la migración masiva de venezolanos al país. Esta crisis tiene dos vertientes, una es aquella relacionada con la situación de Venezuela, en la que sus habitantes se enfrentan a violaciones de derechos humanos y a una crisis alimentaria y sanitaria de grandes proporciones. Retomando lo expuesto por los intervinientes en materia del derecho a la salud, Venezuela tiene actualmente un sistema de salud público colapsado, entre otras razones, porque no hay personal de salud disponible y por la escasez de medicamentos. En cuanto al trasplante de órganos, desde el año 2017 se suspendió el Sistema de Procura de Órganos y Tejidos, por la imposibilidad de garantizar la entrega oportuna y continua de medicamentos. La otra vertiente de esta crisis es la situación de los migrantes venezolanos en Colombia, quienes se ven expuestos a una mayor situación de vulneración de sus derechos, entre otros factores, por la discriminación, las amenazas a su vida e integridad, la falta de unidad familiar, los abusos, la explotación, y los obstáculos en el acceso a asistencia humanitaria, entre la que están servicios básicos como la salud, la vivienda, la alimentación, la educación entre otros<sup>77</sup>. Esta situación afecta particularmente a JMCS pues como señala su mamá, la razón que la llevó a ingresar a Colombia fue el grave estado de salud de su hijo, por la falta de controles y medicamentos en su país de origen. Adicionalmente, en Colombia JMCS y su familia están en alto grado de vulnerabilidad por la falta de recursos económicos y por los obstáculos que se han presentado desde su llegada al país para obtener una asistencia en salud.

1. La cuarta razón es que, aunque JMCS no es residente, sí tiene un estatus migratorio especial y este es relevante pues, como ya se dijo, ser titular de un PPT desdibuja que en su caso particular su intención sea evadir las finalidades que persigue la prohibición. Aunado a lo anterior, más allá de ser titular del PPT, existe un ánimo de permanencia verificable, pues

con fecha 20 de septiembre de 2022 en los antecedentes de su historia clínica en la Fundación Santa Fe se consignó que vive en Bogotá con “padres, tía, prima y hermano de 16 años, asiste a colegio octavo grado, un perro”<sup>78</sup>, es decir que toda su familia se trasladó a este país para, por lo menos temporalmente, vivir en él, tanto así que el menor de edad adelanta sus estudios en Colombia. Por otra parte, ese estatus especial le permitió a JMCS afiliarse al régimen de seguridad social en salud en el régimen subsidiado para recibir el tratamiento médico indicado para su grave diagnóstico, por lo que, de no ser por la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016, modificado por el Decreto Ley 2106 de 2019, el procedimiento estaría cubierto por el plan de beneficios.

1. La quinta razón está relacionada con la imposibilidad actual que tiene el accionante de cumplir con el requisito de convertirse en residente. JMCS es un migrante venezolano regularizado, titular de un PPT desde el 25 de marzo de 2022, de manera que, a la luz de la normatividad migratoria actual, esto es, la Resolución 5447 de 2022 del Ministerio de Relaciones Exteriores, solo hasta marzo de 2027 podría solicitar una visa de residente, tiempo de espera que no resulta compatible con la gravedad de su situación de salud.

1. Finalmente, la última razón está relacionada con el interés superior de JMCS y con la prevalencia de sus derechos a la salud y a la vida. Sus médicos tratantes definieron que ante la grave falla hepática que tiene diagnosticada, el trasplante de hígado “tiene carácter prioritario”<sup>79</sup>, a su turno, su mamá sostuvo que “si no se le realiza el trasplante de hígado lo más pronto posible, ya no va a haber nada que hacer para salvarle la vida a mi hijo”<sup>80</sup>. El Estado tiene su razón de ser en la protección de la vida de sus habitantes, de manera que el ordenamiento jurídico debe estar al servicio de las personas, en especial cuando se trata de niños, niñas y adolescentes a quienes la Constitución les reconoce un interés superior y la prevalencia de sus derechos. En palabras de la Corte, esto “les anticipa la protección, dado el inmenso valor social y moral que el Estado reconoce en la niñez”<sup>81</sup>. De esta forma, el Estado siempre deberá actuar en favor de los NNA y más cuando exista amenaza o vulneración de su proceso de vida.

1. La justicia constitucional debe tener como fin primordial la protección de los derechos fundamentales, sobre todo de los más vulnerables. Con este fin los jueces no pueden mantenerse impávidos frente a una situación donde la vida de una persona, especialmente una que merece una especial protección constitucional, está en riesgo. Por el contrario, su deber es actuar, para buscar que las promesas constitucionales, incluyendo la garantía de los derechos fundamentales, no sean utopías sino se conviertan en realidad incuestionables.

1. Por las razones anteriormente expuestas la Sala considera que deberá adoptarse una decisión en favor de los derechos de JMCS. La prevalencia de sus derechos y el deber del Estado de garantizar la vida y la salud de todos los niños, niñas y adolescentes, hacen que la aplicación de la prohibición de trasplante de órganos con donante cadavérico a extranjeros no residentes en este caso concreto sea contraria a la Constitución. Por ello, con fundamento en la facultad contenida en el artículo 4 superior, la Sala excepcionará la aplicación de la norma en el caso concreto, toda vez que, aunque en principio, el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 es conforme a la Constitución, por la especificidad de las condiciones del caso particular su aplicación traería “consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental”<sup>82</sup>. En otras palabras, aunque no existe una incompatibilidad manifiesta entre la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 y la Constitución, su aplicación trae consecuencias que desconocen los derechos fundamentales de JMCS y por ello hay lugar a aplicar una excepción de inconstitucionalidad<sup>83</sup>.

1. En consecuencia, ordenará a la EPS Capital Salud y a la Fundación Santa Fe de la ciudad de Bogotá que, en caso de que no sea viable un trasplante hepático con donante vivo relacionado, y siempre que persista el criterio médico favorable respecto del procedimiento, adelanten los trámites necesarios para la inclusión inmediata de JMCS en la lista de espera de trasplante de hígado. El lugar que el accionante ocupe en la lista de espera dependerá de los criterios técnico-científicos de asignación de órganos y selección de donantes. Adicionalmente, se ordenará al INS que como autoridad encargada de administrar la lista de personas en espera de donación coordine con la EPS y la IPS el cumplimiento de esta orden. Finalmente, se advertirá al Ministerio de Salud que deberá abstenerse de obstaculizar la

inclusión en la lista de espera de trasplante de hígado del adolescente JMCS.

1. Ahora bien, esta Sala no extenderá los efectos de esta decisión como lo proponen algunos intervinientes, por dos razones: la primera es que este es un caso definido por márgenes muy particulares debido a la situación del accionante. En este sentido, al ingresar a Colombia JMCS no tenía un diagnóstico específico de la necesidad del trasplante, fue solo años después de su llegada que los médicos tratantes prescribieron esa alternativa terapéutica; su estado de salud es grave y la falta del trasplante compromete su vida; tuvo un trasplante de hígado previo que fue rechazado por su organismo y existe un concepto médico que establece la posibilidad de que el procedimiento se realice con donante vivo relacionado, es decir, que el trasplante con donante cadavérico es la última opción.

1. La segunda razón es que el juez constitucional no puede desconocer que la lista de espera para este órgano está integrada por un gran número de pacientes (para diciembre de 2022 eran 171 en espera), por lo que permitir la inscripción de un número personas indeterminado afecta la asignación efectiva de un órgano para quienes actualmente hacen parte de esta. En línea con ello, una ampliación de esta regla debe consultar su impacto real en términos de la oferta y demanda de órganos donados, así como la voluntad de los Estados de disponer los órganos de sus residentes para ser asignados a migrantes no residentes. Para esto es necesaria la implementación de una política pública que tenga en cuenta el diagnóstico de la situación en general, las posibles soluciones y sus impactos y no la visión reducida que aporta un caso particular.

1. De hecho, es importante enfatizar en que el rol del juez constitucional debe actuar guiado por un principio de prudencia. El deseo de materializar un derecho solo se logra con el impulso de lo posible. Así, no es posible que una decisión que busca garantizar una situación de justicia para el tutelante lleve a la Corte a tomar una decisión que desconozca los derechos de otros. Así, la decisión de que JMCS ingrese a la lista con base en los criterios técnico-científicos de asignación de órganos y selección de donantes, y no de manera

preferente, busca el equilibrio de materializar lo posible para un individuo sin aplazar las expectativas de quienes se encuentran en una situación similar. La justicia constitucional adquiere entonces el carácter del guardián de un equilibrio entre lo necesario, lo justo y lo deseable.

1. Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala Primera de Revisión revocará la decisión del juez de primera instancia proferida por el Juzgado Cincuenta Administrativo de Bogotá el 22 de noviembre de 2022, confirmada en segunda instancia por la Sección Segunda, Subsección F del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de enero de 2023, y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales de JMCS a la vida y a la salud. Para el efecto, adoptará los remedios judiciales expuestos en los fundamentos jurídicos 93 y 107 de esta providencia.

#### Síntesis de la decisión

1. En este caso la Corte amparó el derecho de petición del accionante por la omisión del Instituto Nacional de Salud y de la Superintendencia Nacional de Salud de dar respuesta a una solicitud presentada en ejercicio del derecho de petición. Por otra parte, la Sala amparó los derechos a la vida y a la salud de un adolescente de 13 años, proveniente de Venezuela, titular de un Permiso por Protección Temporal, diagnosticado con una grave falla hepática, por cuanto la EPS a la que está afiliado no realizó los trámites necesarios para evaluar la posibilidad de realizar un trasplante de hígado con donante vivo relacionado en los términos prescritos por su médico tratante. Adicionalmente, la Corte consideró que en este caso procedía excepcionar la aplicación de la norma que contiene la prohibición de donación de órganos a extranjeros no residentes cuando se trate de donante cadavérico. En este sentido, la Sala Primera de Revisión encontró que la norma, aunque en principio es conforme a la Constitución por las finalidades imperiosas que persigue, su aplicación en el caso concreto desconocería el contexto de crisis humanitaria por la migración masiva de personas venezolanas a Colombia y además los derechos a la salud y a la vida del accionante, quien se

encuentra en un delicado estado de salud.

### III. DECISIÓN

#### RESUELVE

Primero. Por las razones y en los términos de esta providencia, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cincuenta Administrativo de Bogotá el 22 de noviembre de 2022, confirmada por la Sección Segunda, Subsección F del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de enero de 2023, que declaró la carencia actual de objeto por hecho superado respecto del derecho fundamental de petición frente a la EPS Capital Salud y que amparó ese mismo derecho respecto de la Superintendencia Nacional de Salud y el Instituto Nacional de Salud en favor de JMCS. Por otro lado, REVOCAR la precitada sentencia que negó las demás pretensiones y, en su lugar, AMPARAR sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

Segundo. ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud y al Instituto Nacional de Salud que en el término de cuarenta y ocho (48) horas den respuesta de fondo a la petición presentada por la señora MASG el 30 de septiembre de 2022, en el correo electrónico dispuesto por ella para el efecto. Adicionalmente, ORDENAR a las citadas entidades que se abstengan de incurrir nuevamente en omisiones en el ejercicio de sus competencias y desatender solicitudes en ejercicio del derecho de petición.

Tercero. ORDENAR a la EPS Capital Salud que continúe con la realización de los procedimientos médicos dirigidos a establecer la viabilidad de que el trasplante hepático que necesita JMCS se realice con un donante vivo relacionado. En caso de que exista concepto médico favorable para el procedimiento, la EPS deberá proceder con su realización de la manera más expedita posible. En este último evento no podrán transcurrir más de diez (10) días hábiles entre la fecha en que se determine que es viable el trasplante con un donante vivo relacionado y aquel en que este efectivamente se lleve a cabo, salvo que exista concepto médico distinto respecto de la oportunidad de realizar el procedimiento.

Cuarto. ORDENAR a la EPS Capital Salud y a la Fundación Santa Fe de la ciudad de Bogotá, en caso de que no sea viable un trasplante hepático con donante vivo relacionado, y siempre que persista el criterio médico favorable respecto del procedimiento, que adelanten los trámites necesarios para la inclusión inmediata de JMCS en la lista de espera de trasplante de hígado. El lugar que el accionante ocupe en la lista dependerá de los criterios técnico-científicos de asignación de órganos y selección de donantes.

Quinto. ORDENAR al Instituto Nacional de Salud que, como autoridad encargada de administrar la lista de personas en espera de donación, coordine con la EPS Capital Salud y la Fundación Santa Fe de la ciudad de Bogotá el cumplimiento de la orden dispuesta en el numeral cuarto de esta providencia.

Sexto. ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que se abstenga de obstaculizar la inclusión en la lista de espera de trasplante de hígado del adolescente JMCS.

Séptimo. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

## Secretaria General

1 Expediente digital, archivo "20231360127982.pdf."

2 Expediente digital, documento "02DemandaYAnexos\_compressed.pdf", folio 68.

3 Sentencias T 482 de 2018 y T-728 de 2016

4 El 14 de junio de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió el expediente al despacho de la magistrada sustanciadora.

5 Expediente digital, documento "Respuesta requerimiento Corte Constitucional VF", folio 25.

6 Expediente digital, documento "Respuesta requerimiento Corte Constitucional VF", folio 17.

7 Expediente digital, documento "Respuesta requerimiento Corte Constitucional VF", folio 19.

8 Expediente digital, documento "Respuesta requerimiento Corte Constitucional VF", folio 26.

9 Expediente digital, documento "Respuesta requerimiento Corte Constitucional VF", folio 18.

10 Expediente digital, documento "Respuesta requerimiento Corte Constitucional VF", folio 21.

11 Expediente digital, documento “FCI-JUR-AT-2023-320.pdf”, folio 7. Adicionalmente, es necesario precisar que en esa misma fecha la IPS le envió a Capital Salud EPS un presupuesto para el procedimiento médico requerido por JMCS por un valor de \$ 500.954.456. Expediente digital, documento “FCI-JUR-AT-2023-320.pdf”, folios 8 y 9.

12 Expediente digital, documento “RESPUESTA CORTE CONSTITUCIO – JMCS PT 00000.pdf”, folio 5.

13 Documento “respuesta del Ministerio de Salud- Trasplante extranjero”.

14 Sentencia T-006 de 2020.

15 Sentencias T-444 y T-459 de 2022.

16 Artículo 7 de la Ley 1805 de 2016.

17 Sentencias T-440 de 2017 y T-150 de 2016.

18 Ver, entre otras, sentencias T-789 de 2003 y T- 456 de 2004; y T-079 de 2016.

19 Ver, entre otras, sentencias T-209 de 2015; T-612 de 2019; y T-290 de 2021.

20 Sentencias T-084 de 2015, T-077 t T206 de 2018 y T-230 de 2020.

21 Sentencia T-195 de 2021.

22 Sentencias T-114 de 2019 y SU-508 de 2020.

23 Sentencia T-251 de 2009.

24 Sentencia T-451 de 2017.

25 Modificado por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015.

26 Sentencia T-230 de 2020.

28 Artículo 2 del Decreto 2493 de 2004.

29 Artículo 2 del Decreto 2493 de 2004.

30 Artículo 2 del Decreto 2493 de 2004.

31 Artículo 11 de la Ley 1805 de 2016.

32 Artículo 26 del Decreto 2493 de 2003.

33 Artículo 26 del Decreto 2493 de 2003.

34 Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-1221 de 2000, T-972 de 2001 y T-1105 de 2003.

35 Sentencias T-1038 de 2004 y T-1131 de 2004.

36 Acuerdos 49 y 282 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Salud.

37 Decreto 1652 del 6 de agosto de 2022 expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

38 Sentencia T-568 de 2006.

39 Esta definición fue tomada del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos Humanos (2015).

40 Esta definición fue tomada de la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplante, edición 2018.

41 Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplante, edición 2018.

42 Un extranjero es residente cuando es titular de la visa de residente permanente (tipo R) o cuando tiene una visa de migrante, siempre que el extranjero haya sido titular de una o varias visas de ese tipo por tres años de manera continua. Los requisitos para su obtención están contenidos en la Resolución 5477 de 2022, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

43 Posteriormente ese párrafo fue eliminado por la Corte en el artículo 90 del Decreto Ley 2106 de 20198.

44 Sentencia C-372 de 2019.

45 Ver: Human Rights Watch, “Informe Mundial 2023. Venezuela”, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2023/country-chapters/venezuela> y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022. Capítulo IV.B Venezuela, párrafo 70 disponible en: [https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/10-IA2022\\_Cap\\_4B\\_GU\\_ES.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/10-IA2022_Cap_4B_GU_ES.pdf).

46 Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022. Capítulo IV.B Venezuela, párrafo 9, disponible en: [https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/10-IA2022\\_Cap\\_4B\\_GU\\_ES.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/10-IA2022_Cap_4B_GU_ES.pdf).

47 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022. Capítulo IV.B Venezuela, párrafo 9, disponible en: [https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/9-IA2022\\_Cap\\_4B\\_VE\\_ES.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/9-IA2022_Cap_4B_VE_ES.pdf)

48 Ibidem

49 Ver: Informe de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 2019, párrafo 69.

50 Se trata de una plataforma conformada por más de 200 organizaciones, entre las que se encuentran agencias de la ONU, sociedad civil y organizaciones religiosas que coordinan esfuerzos para la respuesta a la migración de venezolanos en 17 países de América Latina y el Caribe.

51 Sentencia T-210 de 2018.

52 Agencia de la ONU para los Refugiados, “Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos”, disponible en: <https://www.refworld.org.es/pdfid/5aa076f74.pdf>

53 Ver: Documento CONPES 3950, “Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela”, noviembre de 2018, pág 13.

54 Ibídem.

55 Ver: Documento CONPES 4100, “Estrategia para la integración de la población migrante venezolana como factor de desarrollo para el país”, julio de 2022 2021, pág 11.

56 Ver: Resolución 1220 de 2016 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

57 Creada por la Resolución 3167 de 2019 expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

58 Resolución 1220 de 2016 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

59 Ibídem.

60 La Resolución 5797 de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores creo el Permiso Especial de Permanencia.

61 Mediante los Decretos 542 y 1288 de 1028 se reglamentó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos.

62 Ver sentencia C-119 de 2021.

63 “1. Encontrarse en territorio colombiano de manera regular como titulares de un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), Permiso Temporal de Permanencia (PTP) o de un Permiso Especial de Permanencia (PEP) vigente, cualquiera sea su fase de expedición, incluido el PEPFF.

2. Encontrarse en territorio colombiano de manera regular como titulares de un Salvoconducto SC-2 en el marco del trámite de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

4. Ingresar a territorio colombiano de manera regular a través del respectivo Puesto de Control Migratorio legalmente habilitado, cumpliendo con los requisitos establecidos en las normas migratorias, durante los primeros dos (2) años de vigencia del presente Estatuto.”  
Artículo 5 del Decreto 216 de 2021.

64 Resolución 5477 de 2022 expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

65 Sentencia SU-016 de 2021.

66 Sentencia SU-677 de 2017.

67 Sentencia T-296 de 2022.

68 Sentencia T-021 de 2021, reiterada en la sentencia T-106 de 2022.

69 Decreto 1288 de 2018.

70 Artículo 3 del Decreto 064 de 2020 que modificó el artículo 2.1.5.1. del Decreto 780 de 2016.

71 Sentencia T-728 de 2016.

72 Sentencia C-372 de 2019.

73 Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

74 Expediente digital, documento “09ConstestaciónCapitalSaludEPS.pdf”, folios 11 y 12.

75 Expediente digital, documento “09ConstestaciónCapitalSaludEPS.pdf”, folio 5.

76 Respecto de la carencia actual de objeto la Corte en la sentencia SU-522 de 2019 recordó que esta ocurre cuando lo que se pretendía lograr o evitar con la tutela, sucedió antes de que el juez se haya pronunciado debido la acción u omisión de aquel contra el que se presenta la tutela. En esos casos, la Corte ha dicho que no es necesario un pronunciamiento de fondo del Tribunal salvo que alguna circunstancia excepcional lo amerite.

77 Ver sentencia T-452 de 2019.

78 Expediente digital, documento “HISTORIA CLINICA EVENTO 0011.pdf”, folio 2.

79 Expediente digital, documento “CONSULTA TRASPLANTE HEPATICO PEDIATRICO.pdf” folio 2.

80 Expediente digital, documento “02DemandaYAnexos\_compressed.pdf”

81 Sentencia T-165 de 1995.

82 Sentencia SU-599 de 2019.

83 Según la jurisprudencia de la Corte hay tres escenarios que dan lugar a la excepción de inconstitucionalidad: el primero de ellos es cuando la norma es manifiestamente contraria a la Constitución y aún no ha habido un pronunciamiento de control abstracto en ese sentido, el segundo es cuando la regla es formalmente válida pero reproduce otra que fue objeto de declaratoria de inexecuibilidad y el tercero ocurre cuando, por la especificidad de las condiciones del caso, la aplicación de la norma conlleva consecuencias que no están acordes con la Constitución. Al respecto se pueden consultar las sentencias SU 299 de 2019 y SU-109 de 2022.