

Donación de órganos: casos relevantes en materia constitucional

*Iván Vargas-Chaves
Mónica Pérez-Trujillo
Sebastián Cabrera-Monguí
Tatiana González-Mendoza
Alexandra Cumbe-Figueroa*

Iván Vargas-Chaves
Mónica Pérez-Trujillo
Sebastián Cabrera-Monguí
Tatiana González-Mendoza
Alexandra Cumbe-Figueroa

Donación de órganos: casos relevantes en materia constitucional

Donación de órganos: casos relevantes en materia constitucional

*Iván Vargas Chaves
Mónica Pérez Trujillo
Sebastián Cabrera Monguí
Tatiana González Mendoza
Alexandra Cumbe Figueroa*



2020

Este libro es resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Rector

Noel Morales Tuesca

Vicerrector Académico

Alfredo Flórez Gutiérrez

Vicerrector de Ciencia Tecnología e Innovación

Jhon Víctor Vidal

Directora de Investigaciones

Luty Gomez CÁCERES

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

María Eugenia Vides Argel

Coordinador Editorial CECAR

Jorge Luis Barboza

© 2020, **Donación de órganos: casos relevantes en materia constitucional.** Iván Vargas Chaves, Mónica Pérez Trujillo, Sebastián Cabrera Monguí, Tatiana González Mendoza, Alexandra Cumbe Figueroa, autores.

ISBN: 978-958-5547-27-8 (impreso)

ISBN: 978-958-5547-63-6 (digital)

DOI: 10.21892/978-958-5547-63-6

Sincelejo, Sucre, Colombia

Donación de órganos: casos relevantes en materia constitucional / Iván Vargas Chaves...[et al.]. – Sincelejo : Editorial CECAR, 2020. 132 páginas : ilustraciones, gráficas, tablas ; 23 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final del libro.

ISBN: 978-958-5547-27-8. (impreso)

ISBN: 978-958-5547-63-6 (digital)

1. Trasplante de órganos 2. Procedimiento penal 3. Familia-Derecho I. Vargas Chaves, Iván II. Pérez Trujillo, Mónica III. Cabrera Monguí, Sebastián IV. González Mendoza, Tatiana V. Cumbe Figueroa, Alexandra VI. Título.

344.041 D674d 2020

CDD 21 ed.

CEP – Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central – COSiCUC

Tabla de Contenido

<i>Introducción</i>	7
<i>Capítulo 1</i>	13
<i>La Donación de Órganos y sus Antecedentes</i>	
<i>Capítulo 2</i>	31
<i>Tratamiento Normativo</i>	
<i>Capítulo 3</i>	37
<i>La Donación de Órganos y el Rol de los Familiares</i>	
<i>Capítulo 4</i>	71
<i>La Donación de Órganos y la Dignidad</i>	
<i>Capítulo 5</i>	103
<i>La Donación de Órganos y la Igualdad de Trato de Extranjeros</i>	

En la actualidad, el Derecho tiene que regular temas que en el pasado eran impensables. Esto por los avances científicos y tecnológicos de la sociedad; dichos avances se han visto en diferentes áreas, entre ellas el área de la salud. Este es el caso de la donación y el trasplante de órganos y tejidos anatómicos. Colombia, por su parte, ha sido juiciosa en la regulación de temas relativos a esta materia. Sin embargo, frente a situaciones particulares y debido a vacíos normativos, los encargados de resolver las controversias surgidas en el marco de este procedimiento médico han sido los administradores de justicia, sobre todo las Altas Cortes.

Para esto, el ordenamiento jurídico ha adoptado el concepto de la donación como un procedimiento médico que se lleva a cabo a partir de la disposición de una persona o de su representante legal, de ceder sus componentes anatómicos para trasplante o investigación científica, mientras esté vivo o luego de fallecer (Abboud & Pérez, 1999). Sobre esa base, los órganos y tejidos anatómicos, por su naturaleza, se configuran como componentes que no hacen parte del patrimonio de una persona, y, aunque se extraen del cuerpo vivo o del cadáver, no representan un carácter extrapatrimonial, en tanto no hay empobrecimiento ni enriquecimiento patrimonial respecto al donante o a sus familiares.

Lo mismo ocurre con la figura del receptor, que, siguiendo la tesis anterior sobre la imposibilidad de valorar económicamente los órganos y tejido anatómicos, frente a estos componentes no existe un enriquecimiento patrimonial, sino que configura, más bien, un beneficio o una expectativa de mejoría en la salud (Abboud & Pérez, 1999).

Así las cosas, Fzrenzalída (1990) ha logrado clasificar la donación de componentes anatómicos en dos grandes grupos: en primer lugar, la donación *post mortem*, que la subdivide por los problemas que se derivan de ella, esto es, por (i) el consentimiento expreso del donante, comprendido como la manifestación positiva de la voluntad de este, a través de testamento,

Introducción

tarjeta de donante o consentimiento presunto, entendido como la calidad de donante que ostentan todas las personas, mientras no manifiesten su oposición (Castellano, 2008); por (ii) la determinación de la muerte, según la legislación; y, (iii) el conflicto de intereses que podría tener el médico que determina el deceso del donante y que, a su vez, hace parte del equipo de trasplante.

En segundo lugar, el mismo autor refiere que se encuentra la donación entre vivos, que, según el mismo autor, se centra en los siguientes puntos:

(i.) En el consentimiento del donante, pues, en razón a que la donación beneficia solo al receptor, se requiere su consentimiento informado cuando se trata capaces civilmente, entendido como la puesta en conocimiento de los riesgos que puedan devenir durante el procedimiento. No obstante, este asunto se dificulta en menores de edad o incapaces relativos o absolutos, lo que ha generado que, en diferentes legislaciones de Latinoamérica, entre las que se encuentra México y Bolivia, se prohíba la donación de órganos por parte de incapaces cuando estos se hallen vivos.

(ii.) Así, también, se encuentra la cuestión de la elección del receptor, que, por regla general, es a libre escogencia del donante, aunque existen países en que se tiene que destinar a persona del núcleo familiar.

(iii.) Asimismo, se hace presente el problema de la comercialización de órganos, que se encuentra prohibida alrededor del mundo, lo que incluye, de manera implícita, la prohibición de recibir o dar cualquier compensación por la donación.

(iv.) Finalmente, se hace referencia al intercambio internacional de los órganos, que surge a partir de acuerdos entre Estados, para la reciprocidad de donación y recepción de componentes anatómicos.

Ahora bien, respecto al concepto de trasplante de órganos, se ha logrado concebir al mismo como un procedimiento médico en el cual se extraen componentes anatómicos de un cuerpo humano para ser reimplantados en otro, para que sea allí donde realice la función que desempeñaba en el cuerpo de origen (Norrie, 1985). En este mismo sentido, la Secretaría de Salud de Bogotá (2012) ha dicho que es el reemplazo de un órgano o tejido humano que está enfermo, o que tiene una falla irreversible, por otro sano, proveniente de un donante, altruista y voluntario.

Introducción

De esta manera, se logra la prolongación y calidad de vida de aquellos que, como se mencionó, se encuentran enfermos por la falla irreversible de alguno de sus órganos, a partir de la aplicación de conocimiento inter y transdisciplinar de las ciencias de la medicina, la genética molecular, entre otras (Moreno, 2013). Asimismo, Ramos, Carvalho & Cunha (2016) refieren que este procedimiento es una opción terapéutica.

Es, en virtud de lo señalado, que como refieren Norrie (1985), Marinho & Ronald (2016), los trasplantes se pueden dar por donantes vivos, generalmente cuando se trata de tejidos regenerativos, como la sangre, la médula ósea o de órganos pareados como los riñones; o por donantes fallecidos, de los cuales se extraen órganos del cadáver, como lo pueden ser, el corazón, las corneas, los pulmones, el páncreas, entre otros.

No obstante, alrededor del mundo el criterio para determinar la muerte varía (Castellano, 2008), pues, por una parte, se encuentra el criterio de muerte cardiopulmonar, que es el más antiguo y se constituye por la cesación permanente de la función cardíaca y respiratoria y, por otro lado, está el criterio de muerte encefálica, comprendido como la cesación total e irreversible de la función cerebral, inclusive del tronco cerebral.

En este sentido, la Secretaría de Salud de Bogotá (2012) ha clasificado el trasplante de órganos y tejidos en dos categorías; en primer lugar, conforme a la relación genética existente entre donante y receptor, que, a su vez, se encuentra dividido por (i) autoinjerto o autólogo, que hace referencia al trasplante de un tejido que no está dañado a otra parte que está enferma de la misma persona; (ii) isoinjerto, que se refiere al trasplante realizado entre personas que genéticamente son idénticos; (iii) aloinjerto, entendido como el trasplante de órganos entre personas que no son genéticamente iguales. (iv) xenoinjerto, se comprende como el trasplante de un órgano que proviene de un ser vivo de otra especie diferente a la del receptor.

Visto esto, se puede decir que los trasplantes en la actualidad representan una opción terapéutica para curar enfermedades surgidas por la falla irreversible de un órgano o de un tejido anatómico, a partir de la implantación de otro sano, con lo cual se logra la prolongación de la vida y el mejoramiento de la calidad de esta en el paciente enfermo (Álvarez, 2007).

Introducción

Teniendo esto en cuenta, el presente libro pretende contribuir de manera eficiente al debate surgido alrededor del tema de donación y trasplante de órganos en Colombia, donde a la vista de vacíos normativos los llamados a resolver las controversias relativas a esta materia han sido los jueces, y, sobre todo, las Altas Cortes, las cuales, a través de la consolidación de jurisprudencia, han logrado establecer una doctrina aplicable para ciertos casos.

Así las cosas, el primer capítulo aborda el tema de la donación de órganos y sus antecedentes. Para ello se trae a colación los antecedentes del trasplante de órganos en la historia, así como en el Derecho Comparado y la manera en que se ha desarrollado en el Derecho Interno.

A continuación, en el segundo capítulo, se realiza un tratamiento normativo de la donación y trasplante de órganos en Colombia, donde se identifican las principales normas que desarrollan este tema y los cambios sustanciales que se han dado en el tiempo, para lo cual se toma como punto de partida la Ley 09 de 1979 hasta llegar a la última, que es la Ley 1805 de 2016.

El tercer capítulo, titulado *La Donación de Órganos y el Rol de los Familiares* plantea algunos de los cuestionamientos que han surgido referente a la donación de órganos de personas que, al momento de fallecer, no manifestaron su voluntad al respecto y el papel de la familia frente a la decisión de permitir u oponerse a la extracción de componentes anatómicos. Para dar respuesta a este planteamiento, se toman unas consideraciones preliminares relativas al rol que tiene la familia del donante en este procedimiento, para pasar a abordar el tema de consentimiento informado entre el médico-paciente y el consentimiento informado por representación. Una vez revisado esto, se realiza una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la que se da una respuesta a esta problemática.

En el cuarto capítulo, se aborda la discusión de la donación de órganos y la Dignidad Humana. Para ello, se inicia con unas consideraciones preliminares que se integran por la revisión de la dignidad como fundamento esencial de la naturaleza humana; la tutela jurisdiccional de la dignidad en el marco de las instancias judiciales; y el panorama normativo colombiano con la antigua reglamentación de la donación de órganos respecto a la dignidad.

Introducción

Una vez revisado esto, se pretende dar respuesta al siguiente planteamiento: ¿Se respeta el derecho universal a la Dignidad Humana de las personas que se encuentran en estado vegetativo, que les impide manifestar su voluntad frente a la donación de órganos y por lo tanto decide su familia? Para esto se desarrolla una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y su correspondiente análisis; con ello y partir de la tendencia decisional de la Corte se responde al cuestionamiento.

Finalmente, el quinto capítulo desarrolla el tema de la donación de órganos y la igualdad de trato de los extranjeros. Allí se tienen en cuenta las reglas sobre la legitimación de Derechos de los Extranjeros; el tratamiento jurisprudencial sobre la igualdad de trato de los extranjeros respecto al Derecho a la Salud; el tratamiento normativo sobre la igualdad de trato de los extranjeros frente al Derecho de Salud; y el trasplante de órganos de extranjeros en el territorio colombiano. Con estos conceptos claros, se realiza un estudio de la jurisprudencia constitucional relativa a la igualdad de condiciones que tienen los extranjeros, que se encuentran en el territorio nacional, con relación al acceso al sistema de salud.

Con este panorama, el presente libro busca dejar planteados algunos aportes académicos relativos a los debates que rodean el tema de la donación y trasplante de órganos. Esto, por medio del estudio juicioso de la normatividad y la jurisprudencia, así como de la solución de controversias que no están legisladas y les corresponde a los administradores de justicia resolverlas. Asimismo, señala la necesidad de regular los aspectos aquí planteados que, por los vacíos normativos, dificultan la realización del procedimiento médico de trasplante y donación de órganos.

CAPÍTULO 1

La donación de órganos y sus antecedentes

1.1 Antecedentes del Trasplante de Órganos en la Historia

La prolongación de la vida de las personas que necesitaban el reemplazo de un órgano enfermo por uno sano, representó una gran innovación y avance en la medicina. Fue un proceso que tardó un largo periodo y solo fue posible tras el mejoramiento progresivo de técnicas médicas (Hernández, 2007).

Este periodo parte de la era pre moderna de los trasplantes de órganos y tejidos anatómicos, comprendido entre 1900 y 1959, donde se comienza a experimentar con animales, y se mejoran las técnicas quirúrgicas, como la anastomosis vascular, además, de que se lograron observar nuevas manifestaciones clínicas referentes al rechazo de injertos (Contreras, 2011). Entre los precursores del trasplante de órganos, se puede destacar a Alexis Carrel, que, a partir del perfeccionamiento de las técnicas de sutura vascular planteadas por Jaboulay, Murphy y Payr en 1906, intentó un alotrasplante de riñón en un perro, teniendo como procedimiento médico la anastomosis vascular directa (Hernández, 2007).

De esta etapa, se da un salto al periodo de la Primera Guerra Mundial, en el cual la terapia de injertos y trasplantes empieza a surgir como una necesidad por el gran número de enfermos con heridas y quemaduras producidas en los enfrentamientos. Estos experimentos permitieron

observar la respuesta inmunológica ante el rechazo del trasplante, por razones de memoria, sensibilización y tolerancia (Contreras, 2011).

Posteriormente, como señala Hernández (2007), se pasa a la época de la Segunda Guerra Mundial, donde Peter Medawar comienza a experimentar con ratones, haciendo trasplante de piel. Allí logró descubrir que el rechazo al injerto se debía a una respuesta inmunológica. Con base en esto, Peter Gorer, tiempo después, explica los antígenos de histocompatibilidad en los riñones, y ubica los genes en el cromosoma 17.

Siguiendo con la experimentación médica, es hasta 1954 cuando Murray, Merrill y Harrison en Boston, Massachusetts, logran realizar exitosamente el primer trasplante de riñón en gemelos monocigóticos (Mendoza, 2012). Después de ello, en 1958, Roy Calne logra demostrar que el fármaco 6-mercaptopurina es capaz de prologar la supervivencia de los perros tras el trasplante de órganos, por lo que este año es empleado en humanos por primera vez, y se generaliza su uso en diversos países para el año 1960, con el problema de que resultaba difícil mantener los niveles sanguíneos adecuados después del trasplante (Hernández, 2007).

Hasta ahora, la década de 1950 entiende que la donación y trasplante de órganos es más una actividad experimental, pero, para la década siguiente, en 1960, es cuando empiezan a desarrollarse estrategias de inmunosupresión, con el fin de disminuir el rechazo anatómico por parte del receptor del órgano (Hernández, 2007).

Igualmente, es en este periodo donde se desarrolla el uso de fármacos antitumorales como la Ciclofosfamida, el Metotrexato y la Azatioprina, lo que permitió que en el año 1960 se llevara a cabo el primer trasplante de riñón entre madre e hija, haciendo uso de ciclofosfamida y metotrexato como agentes inmunosupresores para reducir el rechazo del órgano por parte del cuerpo receptor (Contreras, 2011). Así como el uso de azatioprina y glucocorticoesteroides, desde el momento en el que se realiza trasplante por la recomendación de Thomas Starzl, en el año 1963, mismo año en que se realizó en México el primer trasplante renal de donador vivo, por Manuel Quijano, Regino Ronces, Federico Ortiz Quesada y Francisco Gómez, según señala Hernández (2007).

En el mismo año, Thomas Starzl realizó el primer trasplante hepático entre humanos, teniendo como donante a un menor fallecido y como

receptor a un niño de tres años, el cual tuvo 5 horas de vida posteriores a la intervención. No obstante, a partir de este procedimiento, en el mismo año se realizó el segundo trasplante hepático, pero con donante y receptor adultos, el cual fue exitoso (Castellano, 2008). Pero, de acuerdo con lo que manifiesta Hernández (2010), fue hasta 1964 cuando se realizó el primer heterotrasplante en la Universidad de Mississippi, por Hardy, Chávez, Kurrus, Nelly, Eraslan, Turner, Fabián y Labeky, donde fue injertado el corazón de un chimpancé en un ser humano, logrando la muerte de este último.

Así fue que, pocos años después, exactamente en 1967, en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, Christian Barnard junto con 30 doctores realizó el primer homotrasplante cardíaco a un enfermo desahuciado que vivió pocos días más tras la intervención. No obstante, a partir del desarrollo farmacéutico se logró realizar esta operación con éxito y, más aún, en la década de 1980, tras el aumento del uso de ciclosporina, se consiguió ampliar el número de trasplantes cardíacos exitosos.

A la par de la evolución del procedimiento también creció, según señala Contreras (2011), el conflicto ético respecto al tema del trasplante de órganos y tejidos anatómicos y la licitud de la ablación de órganos de un sujeto vivo y sano o de un cadáver para reimplantarlo en otro que lo necesita para preservar su vida, además del problema para determinar la muerte de una persona, por lo que fue en 1968 que se adoptó el concepto de muerte cerebral.

Es así como, la Organización Mundial de la Salud (OMS) encuentra necesario el establecimiento de pautas para el correcto desarrollo de procedimiento médico de trasplante de órganos, por lo que, en 1987, la Asamblea Mundial de la Salud, aprueba la Resolución 40.13, que solicitaba el estudio de los aspectos legales y éticos referentes al trasplante de órganos y tejidos (Fzrenzalída, 1990), lo cual significó una base internacional sobre las pautas necesarias para el correcto desarrollo de este procedimiento.

En el caso del desarrollo histórico de la donación y trasplante de órganos en Colombia, se tiene el primer trasplante de córnea realizado en 1946, en el Hospital San Juan de Dios, y el primer trasplante renal del país en este mismo hospital, en 1966. Paralelamente, la Clínica Shaio de Bogotá fue la pionera en el país en efectuar, en 1959, el trasplante de

válvulas cardíacas, y, en 1986, se trató de hacer un trasplante de huesos en el Hospital San Ignacio. Aunque, hasta el momento, todos habían sido tratamientos experimentales médicos, el primer trasplante en tener éxito en el país fue de riñón en el Hospital Universitario San Vicente de Paul de Medellín, en 1973; pocos años después, en 1979 también lograron tener éxito en el trasplante de hígado y cardíaco. Cronológicamente, en el año 1988, la Clínica San Pedro Claver de Bogotá realizó el primer trasplante de páncreas, y fue hasta 1997 cuando se registró el primer trasplante de pulmón en el país (Guerra Garcia & Vega Rojas, 2012, pág. 108).

Como se puede ver, el trasplante de órganos es una intervención médica reciente, que evolucionó a pasos agigantados por la colaboración de la comunidad médica en todo del mundo, debido a la latente necesidad de prolongar la vida o mejorar la calidad de vida de aquellos que tenían un órgano o tejido anatómico enfermo, o que se encontraban en una enfermedad irreversible, pero curable con la sustitución de este órgano por otro sano y compatible.

1.2 Antecedentes en el Derecho Comparado

El trasplante de órganos, al ser un procedimiento médico tan reciente, desarrollado por la cooperación médica alrededor del mundo, requirió de una regulación, a fin de evitar el tráfico de órganos y tejido anatómico.

Por esto, resulta prudente hacer mención de las diferentes disposiciones que se tienen respecto al trasplante y donación de órganos en el Derecho Comparado, por lo cual se tendrá en cuenta, en primer lugar, algunas legislaciones de América Latina, iniciando con Brasil (Marinho & Ronald, 2016), que, si bien comenzó a realizar trasplantes con carácter experimental desde 1960, fue hasta la promulgación de la Constitución Federal en 1988, donde en su Artículo 199, Parágrafo 4 instó a que las condiciones y los requerimientos para la remoción de órganos, tejidos y sustancias humanas destinadas a trasplante, investigación y tratamiento, fueran determinadas por la Ley, al igual que la colecta, el procesamiento y la transfusión de sangre y sus derivados, y, a su vez, reafirmó la prohibición de todo tipo de comercialización.

No obstante, fue casi una década después de esta disposición que se sancionó la Ley 9.434 de 1997, por la cual fue regulada la extracción

de órganos y tejidos del cuerpo humano para trasplante, además de las Leyes 10.211 de 2001 y por la Portaría SAS/MS/2.600/2009 que contiene el Reglamento Técnico de los Trasplantes, donde en términos generales se determina que el receptor no pagará nada por la donación del órgano, ni el donante recibirá compensación económica, por lo que la donación debe ser voluntaria y altruista, además de ser realizada de forma anónima cuando se trate de un donante fallecido, o a una persona determinada, en caso de un donante vivo, para, de esta manera, evitar la comercialización de órganos.

Por otro lado, Chile tiene regulada la donación y el trasplante de órganos en la Ley 19.451, vigente desde 1996, donde se determina que los trasplantes de órganos son realizables siempre y cuando tengan fines terapéuticos y de forma gratuita. Esto, para evitar su comercio. Asimismo, establece que la persona interesada en ser donante puede expresar su voluntad ante un notario. Igualmente, estipula que, cuando se realiza el procedimiento de renovación de cédula de identidad o de licencia de conducir, el funcionario encargado del trámite debe preguntar a la persona su deseo en ser o no donante de órganos. Asimismo, un paciente, al internarse en un establecimiento hospitalario, puede manifestar su voluntad de ser donante (Artículo 9 *ibídem*). Ahora bien, cuando no exista manifestación de la voluntad del posible donante frente a este tema y se halle en situación de muerte cerebral, el procedimiento de donación puede ser autorizado por su cónyuge, representante legal, o, cuando faltaren ambos, debe ser autorizado por la mayoría de parientes consanguíneos presentes, los cuales deberán encontrarse en el grado más próximo en la línea colateral, hasta máximo el tercer grado (Álvarez, 2007).

No obstante, esta normativa fue modificada parcialmente en octubre de 2003, pues se añadieron pautas respecto al consentimiento presunto y el principio de reciprocidad, donde se vuelve requisito para poder ser receptor de un órgano en caso de que se necesite haber manifestado previamente la voluntad de donar. Esta reforma tiene lugar por la significativa disminución de donación de órganos en el país. Así las cosas, la Ley 20.413 o Ley de Donación de Órganos, vigente desde enero de 2010, consagra la presunción de donación y, a su vez, crea el Comité de Coordinación de Trasplante y el listado de personas que no tienen la calidad de donantes actualizado a través del trámite del Registro Civil, o en el trámite de la obtención o renovación de la Cédula de Identidad o de la Licencia de Conducir (Chaparro, 2017).

Paralelamente, en Cuba, el Decreto Ley 139 de 1988 reguló el asunto relativo a la donación de órganos, sangre y tejidos, donde se determinó que es un acto libre y voluntario del donante o del representante legal de este, según el caso, destinado a fines humanitarios, que debe ser acreditado con un Carné de Identidad del donante, y que la decisión que tome el donante no puede ser revocada por los familiares una vez fallezca.

Así las cosas, la legislación cubana establece que, para ser donante, se requiere ser mayor de 18 años, en pleno uso de sus facultades mentales, o, en caso de ser menor de 18 años, se debe contar con la autorización de su padre, madre o representante legal. Asimismo, se dispuso que cuando la persona fallece sin manifestar su voluntad sobre ser donante, los autorizados para permitir la ablación de órganos o tejidos anatómicos del cuerpo son sus padres, el representante legal o los familiares más cercanos.

En la misma legislación cubana, se incluye que para poder proceder con los trasplantes de órganos y tejidos se requiere de la certificación de muerte del donante, por lo cual se entiende que no podrán ser realizadas donaciones inter vivos. No obstante, según señala Abboud & Pérez (1999), en la práctica médica sí se llevan a cabo, como se puede ver en los trasplantes de riñón, que encuentran fundamento en la tutela jurídica de este proceder médico, cuando se tenga presente la definitiva de que hay coincidencia de voluntades.

De manera similar, Argentina sancionó en 1993 la Ley 24.193 sobre Trasplantes de Órganos y Tejidos, modificada en 2005 por la Ley 26.066, que establece que la extracción y trasplante de órganos y tejidos solo podrá efectuarse una vez se hayan agotado los procedimientos disponibles, o estos resulten exiguos o desfavorables para la salud del paciente. Y se distinguen dos modos de realizarse: el primero es entre personas vivas, que requiere de la estimación razonable de que el procedimiento no le causará grave perjuicio a la salud del donante, así como la manifestación de su voluntad o de la de su representante legal. Además de esto, por motivo de la intervención, el donante no recibirá ninguna recompensa financiera por la donación y el receptor no tiene que pagar ningún valor por la recepción de órganos, debido a que existe una entidad estatal encargada de realizar todo el procedimiento. En segundo lugar, se encuentra la donación del fallecido, que puede realizarse siempre que haya manifestado su voluntad

respecto a este tema, o sus familiares, una vez se halle muerta la persona, permitan la extracción de sus órganos (Abboud & Perez, 1999).

Por otro lado, México, con base en el Derecho a la protección de la salud, consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1983, agregó a la Ley General de Salud, en el año 2000, una serie de normas al Título XIV, referentes a la donación y trasplante de órganos y tejidos anatómicos, donde se determina que, para ser receptor de órganos o tejidos de donador fallecido, se evaluará la gravedad de salud del destinatario, los beneficios que se esperan con este procedimiento, la compatibilidad entre ambos y los demás criterios que señalen los médicos.

Asimismo, se establecen como requisitos para ser receptor de un órgano o tejido que, en primer lugar, se tenga un padecimiento que pueda ser tratado eficazmente a través del trasplante; en segundo lugar, que no presente otras enfermedades que interfieran en el procedimiento; en tercer lugar, se exige que el receptor debe ostentar una condición física y mental que le permita presumir que tolerará el procedimiento y su evolución; en cuarto lugar, se requiere la compatibilidad con del donador; en quinto lugar, que no se halle en estado de embarazo; y, finalmente, la manifestación de su voluntad por escrito, según señala Reyes (2005).

Igualmente, para ser donante de órganos y tejidos humanos el ordenamiento jurídico mexicano establece que se puede ser cuando se encuentre viva la persona o cuando fallezca. Además, exige unos presupuestos para cada situación. Entonces, para personas vivas se determina, en primer lugar, que el donante sea mayor de edad y tenga pleno uso de sus facultades mentales; en segundo lugar, que la función biológica que tiene el órgano en el cuerpo del donante pueda ser suplida por su organismo de forma correcta y segura, una vez se extraiga el órgano o tejido; en tercer lugar, se tiene la necesidad de la compatibilidad con el receptor; en cuarto lugar, el consentimiento informado de los riesgos y consecuencias del procedimiento médico; en quinto lugar, la manifestación expresa de la voluntad por escrito; y, finalmente, la especificación de quién será el destinatario del órgano o tejido. Además, se prohíbe cualquier clase de compensación financiera por parte del receptor del órgano al donante, así como el cobro por parte del donante al receptor.

Por otro lado, en lo que se refiere al trasplante de órganos provenientes de persona fallecida en México, se exige la plena certeza de la muerte del donante, además de la existencia de la manifestación expresa de su voluntad de ser donante de órganos y/o tejidos. Entonces, de acuerdo con Reyes, (2005), estas disposiciones de la legislación mexicana se traducen en la práctica a la exigencia de una correcta asignación de los órganos, teniendo en cuenta las particularidades del que está en lista de espera para ser receptor, así como los criterios médicos y de las instituciones especializadas en el procedimiento de trasplante y de aquellas que promueven la donación de órganos.

Para cerrar con el Derecho Comparado de América Latina, se hará mención de Venezuela, que reformó su legislación del trasplante y donación de órganos en el 2011, e incluyó la figura del consentimiento presunto de persona fallecida, entendido como la presunción de la voluntad de toda persona mayor de edad, civilmente capaz de ser donante de órganos, salvo que exista manifestación expresa de su voluntad en sentido contrario. De ahí, la importancia de la constancia de voluntad en esta legislación, la cual debe estar consignada en el Sistema Nacional de Información sobre Donación y Trasplante. Este aspecto es oponible por la familia del donante, además de que cuando se trata menores de edad fallecidos el representante legal es el autorizado para disponer de los órganos.

Paralelamente, se contempla la donación entre vivos, que requiere que la persona sea mayor de edad, legalmente capaz y su manifestación escrita de voluntad, libre de vicios del consentimiento y libre de incentivos materiales, ante dos testigos, o, en casos excepcionales, el consentimiento escrito del representante legal. Además de esto, se exige que el receptor del órgano o tejido sea un pariente hasta máximo el quinto grado de consanguinidad, cónyuge, o compañero permanente con al menos dos años de convivencia, esto con el propósito de evitar el tráfico o comercialización de órganos y tejidos anatómicos (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012).

Visto esto, es prudente traer a colación las posturas que tienen algunos países de otros continentes respecto al tema de trasplante y donación de órganos, entre ellos España, que, según lo señala Marinho & Ronald (2016), influenciado por el vacío legal existente respecto al tema de los trasplantes de órganos y tejidos anatómicos, y a la creciente preocupación

de los profesionales de la salud por la posible potencialización del tráfico de órganos que esto podría representar, sancionó la Ley 30 de 1979, referente a la ablación y trasplante de órganos, la cual estableció que la extracción y trasplante de órganos debían ser realizados con fines terapéuticos, por lo que dispuso que el receptor no tendría que pagar nada por la recepción del órganos, así como tampoco debía ser recompensada financieramente la donación.

Asimismo, se señalan los requisitos para ser donante: en primer lugar, como donante vivo se hace necesario que sea mayor de edad, capaz y que tenga pleno conocimiento de las consecuencias de su decisión a través de un consentimiento informado, además de que el consentimiento esté libre de vicios y conste por escrito ante la autoridad competente. Se requiere la individualización de la persona receptora y la garantía de anonimato del donante. En segundo lugar, la extracción de órganos o tejidos anatómicos de fallecidos, supone el consentimiento presunto, es decir, se pueden destinar a fines terapéuticos o científicos siempre que no exista constancia expresa de su posición.

Adicionalmente, se expidió el Real Decreto 1723/2012 que derogó el Real Decreto 2070 de 1999, en cumplimiento de la Directiva 2010/53/UE del Consejo de Europa, bajo el cual fueron actualizadas las normas sobre la calidad y la seguridad de los órganos y tejidos anatómicos para trasplantes, además del énfasis que se realizó respecto a las cuestiones éticas que tienen lugar en el procedimiento médico de trasplante, entre las cuales se puede mencionar, los que guardan relación con la voluntad, el consentimiento, la gratuidad, la protección del donante vivo y la protección de los datos personales tanto de donante como de receptor.

Por otra parte, en Bélgica, la Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos fue sancionada en 1986 y ha sido modificada un par de veces en vista de la disminución de donantes, por lo que fue necesario para el legislador adoptar un sistema de consentimiento presunto —u Opting Out—, desde el cual los ciudadanos tienen la posibilidad de manifestar en vida su voluntad sobre ser donantes de órganos y/o tejidos una vez fallezcan, o, en caso de no hacerlo, una vez fallecida la persona los familiares pueden autorizar o no la donación de órganos.

Del mismo modo, permite la donación de órganos y tejidos por parte de donantes adultos que estén debidamente informados de los riesgos y consecuencias del procedimiento, y expresen su voluntad por escrito. Adicionalmente, esta Ley garantiza el anonimato tanto del donante como del receptor, para evitar con ello el contacto entre los familiares de ambas partes, así como la prohibición de cualquier compensación financiera por una donación de órgano o tejido anatómico, bien sea que provenga de una persona fallecida o una persona viva (Detry, et al, 2017).

En el mismo sentido, se tiene a Holanda que, en el año 1996, ratificó la Ley sobre la donación de órganos por intermedio del parlamento holandés, implementada hasta septiembre de 1998. En esta Ley se incluyó un Registro Nacional de Donantes que, a partir de un formulario de donante enviado a todos los residentes mayores de 18 años, recolectó la información sobre la voluntad de aquellos que querían ser donantes de órganos y/o tejidos anatómicos, a través de la opción de respuesta de sí o no, o la autorización de que los familiares y otra persona tomara la decisión una vez fallezca. Esta decisión puede ser revocada en cualquier momento.

Además, se dispuso que en caso de que la persona fallecida no hubiere tomado ninguna posición al respecto, el poder de decisión se transfiere a sus familiares. Adicionalmente, se permite la donación entre vivos, siempre que se informe al donante de los riesgos y consecuencias del procedimiento de manera escrita, oral o si es necesario por medio de ayudas audiovisuales y este manifiesta su voluntad de manera escrita (Eurotransplant, 2011).

Finalmente, se señalará a Alemania, que por medio de la Ley de Trasplantes (o TPG por sus siglas en inglés) que entró en vigencia para diciembre de 1997, y fue modificada en el año 2007 y en el año 2012 se reguló el tema de trasplante y donación de órganos, adoptando un sistema de consentimiento extendido, entendido como la necesidad de la manifestación expresa del consentimiento de ser donante de órganos y/ tejidos, el cual puede ser revocado en cualquier momento. Asimismo, la legislación alemana prevé aumentar la cantidad de donantes de órganos y tejidos a partir del cuestionamiento a los ciudadanos desde los 16 años.

Igualmente, para lo donación entre vivos, la Ley lo permite siempre que el donador sea mayor de edad y absolutamente capaz de dar su consentimiento libre de vicios, además de que haya sido informado

sobre los riegos y consecuencias del procedimiento. El órgano o tejido que se vaya a donar puede tener cualquier receptor, pues la Ley no prevé limitaciones en este sentido (Deutsches Referenzzentrum für Ethik in the Biowissenschaften, 2018).

En otro instancia, la Organización Mundial de la Salud (OMS) expide algunas pautas referentes al trasplante de células, tejidos y órganos humanos en 2008, las cuales tienen como fin proporcionar un marco ordenado que responda a su vez a los supuestos éticos en lo referente a la adquisición de estos componentes anatómicos humanos destinados a fines terapéuticos. Entre ellas están la autorización para extraer órganos de persona fallecida cuando exista su consentimiento, o cuando no haya razones que puedan inferir que se oponía a ese procedimiento. Asimismo, la prohibición de la extracción de órganos o tejidos por parte de sus médicos tratantes, así como de los procedimientos subsiguientes al trasplante, entre otros, principios que cada Estado debe aplicar por medio de los medios que considere más acordes.

Agotado este tema, se puede hacer entonces la enunciación de las posturas más sobresalientes en el Derecho Comparado frente al procedimiento de trasplante y donación de órganos y tejidos, pues, en algunas legislaciones se adopta un sistema de consentimiento expreso que, de acuerdo con lo visto, requiere de la manifestación de la voluntad de la persona de ser donante de órganos durante su vida, o autorizar a sus familiares a que tomen esta decisión. Por otro lado, está el sistema de consentimiento presunto, que supone que cuando la persona fallece y no ha declarado su voluntad al respecto puede ser un posible donante, siempre que no exista oposición de los familiares o representante legal.

Además, se puede ver la existencia de diferentes posturas frente a la donación entre vivos, que si bien es cierto varían los presupuestos para ser donante. En algunos países, existe la posibilidad de ser receptor a personas allegadas al donante, entre las cuales se puede mencionar a los familiares, cónyuge o compañero permanente; en cambio, en algunos otros países se permite la libre escogencia de receptor (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012).

1.3 Antecedentes en el Derecho Interno

El ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un amplio marco normativo respecto a la donación y trasplante de órganos y tejidos anatómicos. Se ubica en primer lugar, por orden jerárquico, la Constitución Política de 1991 que, en términos generales, consagra la protección de los Derechos Fundamentales, sociales, culturales y económicos de todos los ciudadanos por parte del Estado. Asimismo, incluye instituciones y mecanismos destinados a garantizar el real cumplimiento de estos derechos (Secretaría de Salud de Bogotá, 2012)

Sin embargo, el tema de donación y trasplante de órganos en Colombia ya tenía un marco legal, que surge en la Ley 9 de 1979 o Código Sanitario Nacional. Allí se estipularon de manera general las obligaciones que debía cumplir el gobierno para garantizar que todo el procedimiento relacionado con el trasplante de órganos fuera realizado de la debida forma. Para ello, se requería de medidas sobre las condiciones sanitarias de estos procedimientos, entre ellas, el que solo podía autorizarse el uso de los componentes anatómicos cuando existiera consentimiento del donante y del receptor, o, a falta del primero, de los deudos del primero o cuando hubiera abandono del cadáver, según señala Guerra & Márquez (2012).

Posteriormente, se expidió la Ley 73 de 1988, por medio de la cual se adicionaron ciertas disposiciones a la Ley 9 de 1979, entre ellas, la adopción de la presunción legal de donación respecto a las personas que durante su vida no hubieren manifestado su voluntad de oponerse a ser donante de órganos o componentes anatómicos una vez fallecieran. También se adicionó que si dentro de las seis (6) horas siguientes de muerte cerebral o antes de la iniciación de la autopsia médico-legal sus familiares o cualquier otro sobreviviente no acreditan su condición, ni manifiestan su oposición a la ablación de componentes anatómicos del fallecido, se podía realizar la extracción de los mismos (Secretaría de Salud de Bogotá, 2012).

Así, también, se establece una regla con base en la presunción de donación, que determina que una vez la voluntad de donar es manifestada por la persona en vida, solo podrá ser revocada por ella misma, de manera que los familiares o sobrevivientes no pueden revocar esta decisión una vez fallezca la persona (Chaparro, 2017). Además, se incluyen otras disposiciones sobre la obtención, donación, preservación, almacenamiento

y demás tratamientos técnicos que debe tener el órgano o tejido anatómico donado mientras sea trasplantado al receptor, así como la expresa prohibición de recibir o dar cualquier clase de compensación en dinero o especie por la cesión de un órgano o tejido destinado a trasplante según señala Guerra & Márquez, (2012).

Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional debido a una demanda de inconstitucionalidad contra el tema de la presunción de donación y otro. El alto tribunal, en Sentencia C 933 de 2007, refirió que este asunto representa “importantes implicaciones y consecuencias, tanto jurídicas como filosóficas, científicas, sociológicas y antropológicas, materias no pacíficas y de difícil solución desde el punto de vista ético-jurídico y ético-médico” (Corte Constitucional, Sentencia C 933 de 2007).

Pues, de acuerdo con lo que afirma Guerra & Márquez (2012), en un extremo se encuentra el problema frente al tema ético-jurídico, en el entendido de que se tiene consideración del consentimiento informado, así como de la manifestación de la voluntad de la persona en vida de ser donante o, a falta de esta, la autorización de la extracción de órganos por parte de los familiares. Sin embargo, en el otro extremo están las problemáticas de carácter ético-médico, en razón a que, para la donación de órganos o tejidos proveniente de fallecidos, se debe tener en cuenta la clara definición de muerte, ya sea cerebral o cardiovascular, y su precisión dada por el personal médico.

En este sentido, la Corte determinó que el consentimiento informado se encuentra ligado al principio de autonomía de la voluntad, por lo que la persona por sí misma, o sus familiares, tienen la libertad de expresar su voluntad de manera previa al ingreso del consentimiento presunto. Este consentimiento informado es, entonces, uno de los principios de la bioética, que toma como fundamento la autonomía de la voluntad por ser pieza esencial para todo tratamiento médico. De manera que lo principal en la donación de órganos, ya sea cuando fallezca o mientras esté vivo, es la existencia del libre consentimiento informado que bien puede ser de la persona durante su vida, o cuando faltare basta con la manifestación de la voluntad de los familiares antes de que se constituya el consentimiento presunto de donación.

Esta facultad que la Ley le otorga a la familia para manifestar su voluntad respecto a la extracción de los órganos del fallecido, se fundamenta en los Derechos de Libertad de Consciencia y de Culto, en el sentido de que el cadáver cuenta con un papel sustancial en el culto y en el proceso de duelo de la familia. De manera que la función social de la donación debe ceder frente a la protección de los Derechos de libertad individual de los familiares, por lo cual se debe respetar el plazo de oportunidad de la familia a oponerse (Ramírez, 2016).

En este orden de ideas, el Ministerio de Salud expide en 1994 la Resolución 5261, en la que establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud donde, con base en los requisitos y demás presupuestos señalados en las Guías Integrales de Atención, no se descartan los trasplantes reales de médula ósea, de córnea y del corazón.

Adicionalmente, esta corporación expide en el año 1998 la Resolución 3199, en la cual se determinan las normas técnicas, científicas y administrativas de los Bancos de Componentes Anatómicos, así como de las Unidades de Biomedicina Reproductiva y demás centros de similar naturaleza y, por último, señala las funciones para los Comités Institucionales de Trasplantes. Igualmente, en este año por medio de la Resolución 3200 establece las exigencias para la legalización de las donaciones provenientes de persona viva a los bancos de Componentes Anatómicos.

Aunado a lo anterior, fue expedido el Decreto 1546 de 1998, que trató parcialmente temas relacionados con la extracción, donación, conservación, almacenamiento, movilidad y recepción de los componentes anatómicos, además del procedimiento a seguir para el trasplante de órganos y/o tejidos anatómicos en seres humanos.

Posteriormente, fue expedido el Decreto número 2493 de 2004, que derogó casi por completo el Decreto 1546, y se encargó de reglamentar el asunto de la extracción, donación, conservación, reserva, traslado y destino final de los órganos y tejidos anatómicos, así como el trámite de trasplante. Entre estas disposiciones, se incluyó la prohibición de recibir alguna retribución o cualquier compensación por concepto de la donación de un órgano o tejido, además de las instituciones que podrán tener

conocimiento respecto a cualquier asunto de este tema, creando, entonces, la red de donación y trasplante.

En virtud de lo señalado, el Ministerio de Salud mediante la Resolución 2640 de 2005 delimitó los requisitos que debían cumplir los Bancos de Tejidos y de Médula Ósea y las Instituciones prestadores de Servicios de Salud habilitadas para adelantar programas de trasplante para su respectiva inscripción. En el mismo tenor, reguló el tema de los Coordinadores de la Red de Donación y Trasplante y de los Comités Asesores de las Coordinaciones de la Red de Donación y Trasplante, tanto en el ámbito nacional como regional, y también estableció las pautas que debían seguir para su posterior autorización aquellos que solicitaban los cadáveres no reclamados para destinarlos a la investigación o la docencia.

Paralelamente, en este año fue expedida la Resolución 5108, donde se estableció el Manual de Buenas Prácticas para Bancos de Tejidos y de Medula Ósea de naturaleza pública, privada o mixta dentro del territorio nacional, y además se dispusieron normas relativas al procedimiento de la obtención del Certificado de Cumplimiento de las Buenas Prácticas, que requiere de la vigilancia y control de las entidades sanitarias (Secretaría de Salud de Bogotá, 2012).

Por otro lado, se sancionó la Ley 919 de 2004, que agregó al Código Penal un tipo penal que prohíbe la comercialización de componentes anatómicos para trasplante. Según señalan Guerra & Márquez (2011), con base en que la donación de órganos se realiza por cuestiones humanitarias, resultó necesario tipificar esta conducta, entendida como “quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos” (Ley 919 de 2004). Así, también, quien retire un órgano o tejido anatómico de una persona o de un cadáver sin la debida autorización, o aquel que actúe en calidad de intermediario en la comercialización del componente anatómico, o también puede ser quien anuncie la necesidad de un órgano o tejido, o divulgue la disponibilidad del mismo y ofrezca o busque algún tipo de compensación económica o en especie.

Además, incluye sanciones de carácter administrativo a las entidades que, con la calidad de banco de órganos, realizan actividades con estos componentes anatómicos que tenga como fin el lucro económico. Esto,

con base en que la donación de órganos, tejidos y fluidos anatómicos se realizaban por cuestiones de solidaridad y altruismo.

Posteriormente, en 2008, el Ministerio de Salud, expide la Resolución 2279 que modifica algunos Artículos de la Resolución 2640 de 2005, los cuales consagran lo concerniente a las funciones de la Coordinación Nacional y Regional de la Red de Donación y Trasplante, así como de su organización interna y la implementación de un sistema de información.

Adicionalmente, se encuentra la Circular 5000-001 del 2010 del Instituto Nacional de Salud, que dispone una actualización en cuanto al trámite para el transporte de componentes anatómicos para trasplante por vía aérea en el territorio nacional, complementando así el transporte de los componentes anatómicos, conforme a lo previsto por las normas nacionales.

De igual modo, en el año 2011, el Instituto Nacional de Salud emitió la Circular externa 2-0963, que, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 2493 de 2004 y la Resolución 2279 de 2008, actualizó las pautas para la prestación de servicios de trasplantes a extranjeros no residentes en Colombia. En este año, la misma entidad emitió la Circular externa 2-0971, donde fija los lineamientos que deben seguir las IPS para inscribirse ante las Coordinaciones Regionales de la Red de Donación, para poder adelantar el programa de trasplante de acuerdo con su jurisdicción.

Bajo este tenor, también es prudente señalar la Resolución 2003 de 2014 del Ministerio de Salud, que define los trámites y requisitos para la inscripción de los Prestadores de Servicios de la Salud y su habilitación para tales servicios. Asimismo, establece las condiciones para brindar seguridad a los usuarios del servicio de salud. Entre estos servicios, fue incluido el trasplante de órganos y de tejidos.

Finalmente, en cuanto al marco normativo se tiene la Ley 1805 de 2016, que se expidió con el objeto de ampliar la presunción legal de donación de órganos y tejidos anatómicos destinados a trasplante o usos terapéuticos, en el entendido de que cuando la persona en vida se abstuvo de manifestar su oposición a donar órganos, una vez fallezca será un presunto donante de componentes anatómicos. A su vez, incorpora que la voluntad expresada en vida de ser donante solo puede revocarse por la misma persona y no puede ser cambiada por sus sobrevivientes o familiares.

Además, en lo que concierne a la expresión de oposición a la presunción legal de donación, la persona debe expresarlo mediante documento que deberá ser autenticado ante Notario Público y, una vez se haya hecho esto, se radica en el Instituto Nacional de Salud, o, también, puede informarlo a la Empresa Promotora de Salud (EPS) en el momento de su afiliación, la cual deberá reportarlo al Instituto Nacional de Salud.

Igualmente, se señala la obligación del Estado de garantizar la cadena de custodia en todo el proceso de donación y uso de los componentes anatómicos. A lo que se suma, la orden de no prestar servicios de trasplante de órganos y tejidos anatómicos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, con excepción de que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, con una convivencia no inferior a dos años, pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante; más la autorización del Ministerio de Salud una vez haya certeza de que los componentes anatómicos disponibles logran cubrir la demanda interna. Ello, con base en la prelación que tienen los nacionales y extranjeros residentes en esta materia.

Vale la pena destacar, según señala Chaparro (2017), que las discusiones al interior del Congreso de la República para legislar sobre esta materia, tuvieron lugar debido a la experiencia de donación de 2012 y 2013, esto es, la reducción de las tasas de donación sumado al aumento de oposición de la familia, y, aunque en los años 2014 y 2015 hubo un incremento, este fue modesto en términos relativos. Por lo tanto, se hizo necesario el diseño de la política pública sobre el tema de trasplante de componentes anatómicos, lo cual se vio reflejado en la sanción de la Ley reseñada anteriormente. Además de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que representó un hito respecto al consentimiento presunto.

En virtud de esta Ley, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Circular 000007 del 2017, en la que dirige al Instituto Nacional de Salud (INS), al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Tecnologías en Salud (INVIMA), a la Superintendencia Nacional de Salud (SNS), y a otras entidades prestadoras de servicios de salud y a bancos de órganos, algunas disposiciones encaminadas a dar cumplimiento con la presunción de consentimiento, para así ampliar la disponibilidad de componentes anatómicos destinados a trasplantes, además de procurar

asegurar el correcto ejercicio de la Red Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos Anatómicos.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en 2015, emite un fallo (SD12018-2015) que, basado en el marco legal colombiano y la sentencia C 933 de 2007 la Corte Constitucional, se pronuncia respecto a la donación de componentes anatómicos, indicando que el consentimiento representa una de las garantías a la libertad, así como de la autonomía de la voluntad, por lo que la decisión que tome la persona de ser donante o no de componentes anatómicos, tiene una gran importancia dentro del Estado Social de Derecho.

Por lo tanto, según refiere la Corte Suprema de Justicia, para donantes vivos se tiene en cuenta lo que ha dispuesto la Organización Mundial de la Salud al respecto, esto es, que preferentemente se realice con personas con las que se guarde relación genética, legal o emocional, además de que exista el consentimiento informado y voluntario por parte del donante, y se logre garantizar la atención profesional adecuada para todo el procedimiento.

Diferente es para esta misma Corte cuando el individuo fallece sin manifestar su voluntad por ningún medio, pues, en este caso, de acuerdo con la posición adoptada por el marco legal colombiano, se adopta el consentimiento presunto, tras la ponderación entre la libertad del donante en vida y el fin social del cadáver, esto, claro está, con el condicionamiento de la oposición por parte de sus familiares o deudos.

En efecto, se puede concluir que el ordenamiento jurídico colombiano, por una parte, protege la garantía del individuo de decidir en vida sobre cuerpo para cuando fallezca, y por otra, se garantiza a los familiares o sobrevivientes el derecho a oponerse a la extracción de componentes anatómicos del cadáver, siempre que este no haya dejado consentimiento sobre la materia. De manera que, de acuerdo con el principio de solidaridad y de preeminencia del interés general sobre el particular, el Estado ha consentido la presunción legal de donación, permitiendo con ello la ablación de componentes anatómicos del cadáver por parte de los centros delegados, cuando falte tanto el consentimiento del fallecido como el de sus deudos.

CAPÍTULO 2

Tratamiento normativo

La entidad encargada de vigilar el procedimiento de todos los procesos de donación y trasplante de órganos y tejidos anatómicos en Colombia es el Ministerio de Salud y de Protección Social, por medio de sus instituciones delegadas, de acuerdo con lo que afirma Moreno (2013), lo cual incluye el tema de la extracción, donación, conservación, almacenamiento, traslado, destinación y disposición final de órganos y tejidos anatómicos.

No obstante, para ser donante de componentes anatómicos, el ordenamiento jurídico ha desarrollado una serie de requisitos, por ejemplo, en la Ley 73 de 1988, que modificó parcialmente la Ley 09 de 1979, se estableció que únicamente se puede hacer uso de órganos o tejidos anatómicos siempre que medie el consentimiento expreso del donante, receptor, sobrevivientes, o cuando hubiera abandono del cadáver o por la figura de presunción legal de donación (Art. 1), entendiendo esta figura como el evento en el que la persona durante toda su vida se inhibió a oponerse a la ablación de sus órganos o tejidos anatómicos una vez muriera, o también está el escenario en el que los deudos dentro de los 6 horas posteriores a la muerte no demuestran su calidad y manifiestan su oposición (Art. 2).

Igualmente, en el Art. 3 de esta Ley, se señaló que la ablación y utilización de los órganos para trasplantes u otros usos terapéuticos se podría adelantar cuando la persona viva decidiera donar uno de sus órganos simétricos o pares para su trasplante inmediato; o cuando se realiza la donación formal mientras está vivo de todos o algunos de sus componentes anatómicos y los efectos surgen hasta la muerte de la persona, para que

se realice la implantación inmediata o sucesiva. También ha de tenerse en cuenta que, en todos los casos, la voluntad del donante prevalecerá sobre la oposición de sus familiares o deudos.

Asimismo, se dispuso que, en cuanto a la extracción de componentes anatómicos de un cadáver al que deba practicársele autopsia médico-legal, se requiere que el procedimiento médico no tenga injerencia en la realización de la necropsia, ni en sus resultados, además de que no haya un impedimento de las autoridades competentes del caso para adelantarla. Por lo tanto, este procedimiento de ablación de órganos o tejidos destinados a trasplante podrá llevarse a cabo por médicos legistas o por los profesionales competentes que se encuentren bajo la custodia de los médicos legistas (Ley 73 de 1988, Art. 4).

Además, se incluye en el Art. 4 el orden permitido por la Ley para que los deudos de la persona fallecida manifiesten la autorización u oposición a la ablación de componentes anatómicos, la cual se hará teniendo en cuenta: (i) el cónyuge no divorciado o separado de cuerpos; (ii) los hijos que hayan cumplido la mayoría de edad; (iii) los padres del fallecido; (iv) los hermanos que sean mayores de edad; (v) los abuelos o, en su defecto, los nietos; (vi) los parientes consanguíneos hasta el tercer grado; y (vi) los parientes hasta del segundo grado de afinidad.

Finalmente, se establece el deber de practicar pruebas de laboratorio antes de la ablación. Esto, con el fin de comprobar la ausencia de VIH, así como también se prohíbe la donación de órganos y tejidos anatómicos con fines de lucro, o cualquier otra clase de compensación.

Ahora bien, en lo que se refiere a las modificaciones que se realizaron en el Decreto 2493 de 2004 respecto a este tema, si bien se reitera la prohibición general de recibir o dar cualquier clase remuneración por la donación de componentes anatómicos, se instauran diferentes presupuestos para donación entre vivos o una vez fallezca. Por esto, en lo que se refiere a donantes vivos, se requiere (Ley 73 de 1988, Art. 16):

- (i.) Que ya haya cumplido la mayoría de edad; que sea civilmente capaz; que se encuentre en buen estado de salud, tanto física como mental, expedido el certificado por un profesional de la salud diferente al o a los que vayan a participar en el proceso de

ablación y trasplante; y, en caso de ser mujer, que no se encuentre embarazada.

- (ii.) Asimismo, se requiere la existencia del consentimiento informado, expreso, que contenga un plazo entre la firma del mismo y la ablación del componente anatómico de mínimo 24 horas, por medio de declaración juramentada ante Notaria Pública respecto del proceso de extracción
- (iii.) Además, debe existir un concepto que avale el procedimiento por parte del Comité Institucional de Bioética o de Ética Hospitalaria.
- (iv.) Sumado a lo anterior, se exige que la donación se haga de uno o una parte de los órganos simétricos pares, o de medula ósea destinado a trasplante inmediato.
- (v.) Igualmente, es necesario que el donante, de manera previa, haya sido informado sobre todos los riesgos y consecuencias que pueden presentarse dentro del procedimiento.
- (vi.) De igual modo, se requiere que el donante sea informado también sobre las consecuencias que puedan presentarse desde el punto somático y psicológico, y sobre su vida personal, familiar y profesional, y del posible provecho que puede tener el receptor de la donación.
- (vii.) A la par, se exige que, en el instante en que se realice la ablación, el donante no tenga ninguna patología que pueda ser agravada por cuestión del procedimiento.
- (viii.) Por último, se exige la garantía de que el donante vivo tendrá la adecuada asistencia para el restablecimiento de su salud.

No obstante, como excepción a la regla general, se tiene que —al tratarse de un donante vivo que aún sea menor de edad o de una mujer en gestación— el procedimiento se podrá realizar exclusivamente cuando se trate de la obtención de células progenitoras, una vez exista consentimiento informado, emitido por los representantes legales cuando proceda.

Por otra parte, en lo que se refiere al donante fallecido, se requiere: (i.) La garantía de que se realizó cabalmente el trámite del consentimiento informado o, faltando este, el de sus familiares o sobrevivientes; (ii.) que

el donante o los deudos sean mayores de edad y civilmente capaces para expresar su consentimiento; (iii.) que obre la presunción legal de donación, conforme a las disposiciones legales.

En relación a este último punto de presunción legal de donación, se establece en el Art. 19, que tendrá lugar cuando la persona durante su vida no manifestó su posición a la ablación de sus componentes anatómicos después de su fallecimiento. Asimismo, se presenta cuando en el marco de las (6) horas sucesivas a la muerte encefálica o previo a la práctica de la necropsia, sus sobrevivientes no certifican su calidad y manifiestan su desacuerdo con este procedimiento. De manera que, cuando opere esta presunción, deberá informarse a los familiares dentro de los 10 días siguientes a la ablación.

Teniendo en cuenta esto, se pueden señalar las modificaciones que se realizaron en el ordenamiento jurídico por medio de la Ley 1805 de 2016, que fue expedida para ampliar la presunción legal de donación de órganos y anatómicos destinados a trasplante u otros fines terapéuticos, pues, de acuerdo con su Art. 2, la utilización de componentes anatómicos y líquidos orgánicos se hará siempre que exista consentimiento autónomo, anterior e informado del donante, o una vez opere la presunción legal de donación.

De manera que, se supera lo previsto en la Ley 73 de 1988, en cuanto a la necesidad de consentimiento del receptor sobreviviente cuando no existiera el del presunto donante, o en su defecto que haya abandono del cadáver. Además, se señala la prohibición de donación de órganos o tejidos de niños no nacidos.

Igual sucede con la presunción de donación, donde en la Ley 1805 de 2016 se dispone que es presunto donante aquel que a lo largo de su vida no ejerció su derecho a abstenerse a la ablación de sus componentes orgánicos después de su fallecimiento. Sumado a esto, la Ley consagra que la manifestación de la voluntad en vida de ser donante solo se puede revocar por la misma persona y, en ningún caso, puede ser sustituida por sus sobrevivientes. Caso contrario, en la Ley 73 de 1988 que, frente al mismo tema, dispone que la presunción legal, además de presentarse cuando la persona en vida no manifestó su voluntad de ser donante de componentes anatómicos, se requiere la oposición de los familiares o deudos, siempre

que demuestren su calidad en el marco de las 6 horas siguientes a la muerte cerebral.

Asimismo, la Ley 1805 de 2016, adiciona en su Artículo 4 la oposición a la presunción legal de donación, donde establece que toda persona que se oponga a ser donante podrá expresar su voluntad en un documento escrito que, posteriormente, autenticará en la Notaria Pública y se radicará en el Instituto Nacional de Salud (INS) o expresarlo ante la Empresa Promotora de Salud (EPS) al momento de su afiliación, para que esta le informe al Instituto Nacional de Salud (INS). Por otra parte, se introduce la prueba de oposición a ser donante que se hace obligatoria en los escenarios de inconsistencia en la documentación y consta en la consulta del médico en el Registro Nacional de Donantes, donde aparece la posición del donante del fallecido.

De igual modo, esta Ley incluye la posibilidad de que aquellos que no han cumplido la mayoría de edad sean donantes de órganos y tejidos humanos, lo cual requiere del consentimiento informado de sus representantes legales entre las ocho (8) horas siguientes a la muerte cerebral del menor.

Por último, esta misma Ley adiciona, al tipo penal de tráfico de órganos contenido en la Ley 919 de 2004, un incremento en la cuantificación de la pena, en el evento en que la acción se desarrolle para comercializar los componentes anatómicos humanos en el exterior, de la mitad al doble de la pena.

En virtud de lo anterior, se puede observar cómo el ordenamiento jurídico colombiano ha optado por adoptar un sistema de consentimiento presunto de donación, con el objeto de aumentar el número de donantes, respetando tanto los derechos a la autonomía personal y la libertad, como del interés general sobre el particular, a partir de la función social que puede cumplir un cuerpo de una persona una vez fallezca.

CAPÍTULO 3

La donación de órganos y el rol de los familiares

3.1 Consideraciones Preliminares

En la donación, extracción y trasplante, la discrecionalidad del donante es la base fundamental, pero surgen tensiones cuando sus familiares no se encuentran de acuerdo con la decisión tomada. Por eso, tomaremos los conceptos dados por la Corte Constitucional respecto a si **¿pueden los familiares de la persona fallecida decidir sobre la ablación y donación de componentes anatómicos de la misma, cuando la persona en vida no haya expresado su voluntad al respecto?** Este problema jurídico será resuelto a partir de una línea jurisprudencial en la que se analizará la postura del Alto Tribunal en el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta diversos casos médico-científicos del país.

Por consiguiente, se dice que es un punto de vista distinto, ya que siempre se ha contado con la manifestación de voluntad expresa por parte del paciente y de los familiares del mismo, para que se pueda proceder con la extracción y posteriormente donación de órganos, pero, actualmente, con la promulgación de la Ley 1805 del 2016, han surgido de manera directa vulneraciones, no solo para con los familiares que exponen su oposición de donar los órganos del fallecido o en estado vegetativo, sino que también vulnera derechos de la sociedad en general, debido a que esta Ley “impone”, de manera obligatoria, la donación de órganos sin importar el consentimiento y postura de los ciudadanos respecto al tema.

Es importante considerar que en la sentencia hito que sirvió de base para realizar la línea jurisprudencial, el fundamento legal que se estudiaba en dicha sentencia era la Ley 73 de 1988, en donde no se evidenciaba la decisión de oponerse por parte de los familiares del paciente fallecido y/o en estado vegetativo. Por lo tanto, al no contemplar la oponibilidad y por ende las medidas legales para atacar dicha oponibilidad, se originó la idea que todos los familiares de personas fallecidas y en estado vegetativo hacían saber tácitamente la decisión de querer donar órganos y componentes anatómicos ante la sociedad en general.

Es aquí en donde esa decisión tácita, por parte de los familiares, empieza a hacer atacada constitucionalmente, expresando ante la Corte Constitucional que se vulneran dos Derechos Fundamentales contemplados en la Carta Política de 1991: de un lado el Derecho Fundamental de Intimidad Personal-Familiar y, por otro lado, el Derecho Fundamental a la Libertad de Conciencia, siendo este último derecho mencionado el que se relaciona directamente con la decisión familiar.

Asimismo, como se analizó en varios precedentes judiciales de la línea, en principio se entendía que, en cuanto a la decisión de los familiares, ambos Derechos Fundamentales eran vulnerados. Aquí, la Corte Constitucional empieza a pronunciarse diciendo cuáles son los ámbitos de intimidad personal-familiar y cuando se vulnera este derecho. Sus pronunciaciones son, de manera general, carentes de observación a los escenarios actuales que se presentan y que, a su vez, se relacionan con la ablación y donación de órganos.

Es por esto que, posteriormente, las demandas de constitucionalidad y tutelas instauradas ante la Corte hacen énfasis más notorio en el Derecho de Libertad de Conciencia y su nexo directo con la decisión por parte del paciente y de los familiares del mismo.

Se ponen de referencia, de manera superficial, las leyes, los decretos y jurisprudencia que ayudan a la garantía, no solo del derecho que tiene todo ciudadano para el completo y eficaz servicio a la salud, sino, además, a la protección, al derecho de poder decidir la donación o no de los órganos y componentes anatómicos que, como bien se expuso en líneas anteriores, este derecho a decidir tiene conexión con el Derecho Fundamental a la Libertad de Conciencia.

Asimismo, es importante señalar que Vega & Guerra (2012), hacen una investigación en el cual estudian la situación actual de la donación de órganos y los impactos social, político y cultural que genera este tema en Colombia. Al observar estos impactos deciden contrastarlo con diferentes ámbitos legales que ayudan a regular el tema de trasplante de órganos. Aquí, teniendo este análisis normativo, deciden a su vez incluirlo en situaciones sociales en donde el trasplante y la donación de órganos tiene un punto de vista con fin altruista, el cual se basa en la ayuda por conservar y preservar la vida del otro. Pero, asimismo, estas autoras enfatizan en que —para la existencia de esta ayuda mutua entre seres humanos por conservar la vida de una persona— debe existir un cambio en el pensamiento de los colombianos con respecto al tema de donación.

A manera de observación, la misma fuente confirma que este es un tema que para la gran mayoría de personas es muy difícil de comprender, bien sea por su religión o sus costumbres, o porque el vínculo familiar afectivo es tan fuerte que impide tomar una decisión respecto a la ablación y donación de órganos, y es aquí donde el Estado no puede imponer, por medio de expedición de nuevas leyes y decretos, la decisión que directamente involucra a la persona o familiar de un paciente con muerte encefálica o fallecida para la donación de sus órganos.

De acuerdo con esto:

existe una problemática mundial en la cual el ser humano está obligado a cuestionar su formación moral, la articulación de los aparatos legislativos nacionales (...) haciendo referencia a la donación de órganos. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2011), el 63% del índice de mortalidad mundial está relacionado con el incremento de enfermedades no transmisibles como la diabetes y la hipertensión, entre otras (Vega & Guerra, 2012).

Por lo tanto, con respecto a estas enfermedades, que a simple vista aparentan ser inofensivas o silenciosas para el ser humano, el no tratarlas a tiempo y no tener los cuidados correspondientes puede desencadenar daño de los órganos sanos, al no tener un buen funcionamiento de estos órganos. En este escenario, una buena alternativa es la extracción y donación de órganos para mejorar la calidad de vida de la persona, lo cual exige de la

sociedad cooperación, para que en este sentido exista mayor donación y que a la vez, de manera oportuna, puedan ser trasplantados a las personas que por condiciones graves de salud requieren de un órgano sano.

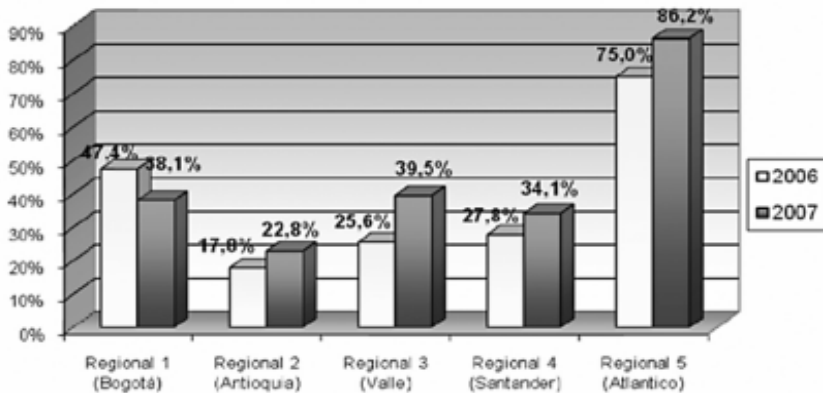
Y, aunque si bien en la actualidad existen avances tecnológicos que cooperan simultáneamente con los tratamientos médico-quirúrgicos, la poca oferta de órganos y componentes anatómicos por parte de las personas que pueden donar, se convierte en un gran impedimento para este tipo de tratamiento quirúrgico. Este impedimento, quizás, puede ser causado por choques culturales y religiosos, por demoras en trámites administrativos de salud para la obtención de un órgano o, peor aún, por falta de información precisa y completa sobre la ablación y donación de órganos.

En el caso colombiano, según Vega & Guerra (2012), para el año 2011 Colombia ocupaba el tercer puesto de mayores donantes. No obstante, esto no deja de lado que se hallen dos posturas respecto a la ablación y donación de órganos: por un lado, está no donar por razones de desinformación sobre la extracción y donación de órganos; y por otro, está la defensa y el altruismo de esta práctica médico- científica, en este sentido:

Según lo expresado en el periódico El Tiempo por el director del Instituto Nacional de Salud el doctor Juan Gonzalo López Casas (2011) “Colombia ocupa el tercer lugar en América Latina en términos de tasa de donantes, pero queremos el primer lugar, no por un anhelo, sino porque queremos que más vidas se salven y que mejoren las condiciones de más colombianos (Universidad de la Salle , 2012, pág. 7).

Siendo así, es claro que existe un choque entre las dos posturas: la altruista y la de no donación, que se fundamentan en el derecho constitucional de la libertad de consciencia, pero, con la promulgación de la Ley 1805 del 2016, se retoma la imposición de donar, dejando de lado el Derecho Fundamental de los familiares a oponerse a la donación de órganos. Respecto a esto, de acuerdo con las cifras de la Universidad de la Salle, durante el año 2006 y 2007 existía un gran porcentaje de familiares que optaban por negarse a la extracción de órganos del fallecido o la persona que se encuentra en estado vegetativo. Así lo deja ver el siguiente gráfico:

Figura 3. Porcentaje de negativo familiar a la donación por regionales en Colombia entre 2006 - 2007



Fuente: Coordinación Nacional Red Donación y Trasplantes, Instituto Nacional de Salud. Información actividad de donación en Colombia, 2007.

Y, pese a que según datos históricos de este procedimiento quirúrgico, las primeras intervenciones fueron realizadas en Antioquia, este es el departamento que, para la fecha del 2013, más negativas tenía por parte de los familiares del fallecido o persona en estado vegetativo, respecto a la extracción y donación de órganos. Así se puede ver en las gráficas realizadas por la Gobernación de Antioquia (Secretaría Seccional de Salud y Protección Social, 2013 , pág. 1):

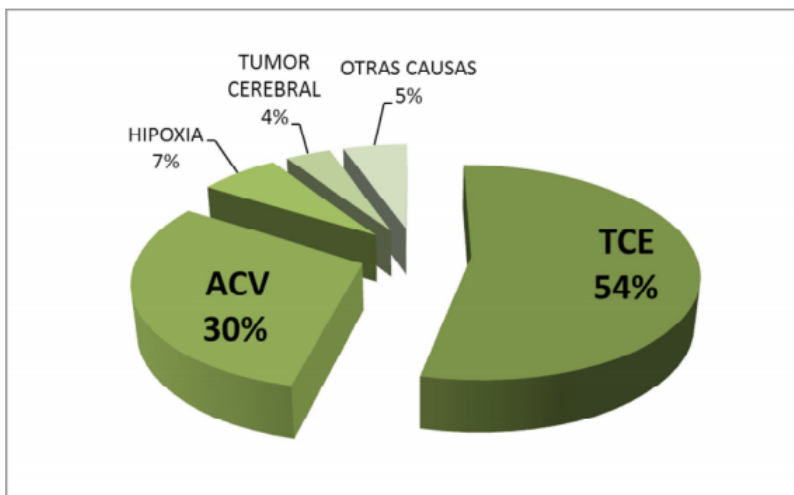
Tabla No 1. Alertas de potenciales donantes notificadas a la Coordinación Regional No. 2 de la Red de Donación y Trasplantes por servicio intrahospitalario generador, 2012-2013.

Año	No. Total de Alertas	UCI	Urgencias	Morgue
2012	1370	53%	39%	8%
2013	1347	56%	40%	4%

Fuente: Registro CRUE-SSSA Coordinación Regional No. 2 Red de Donación y Trasplantes

La donación de órganos y el rol de los familiares

Gráfico No 1. Porcentaje de alertas de potenciales donantes en muerte cerebral según causa. Coordinación Regional No. 2, año 2013.



Fuente: Registro CRUE-SSSA Coordinación Regional No. 2 Red de Donación y Trasplantes

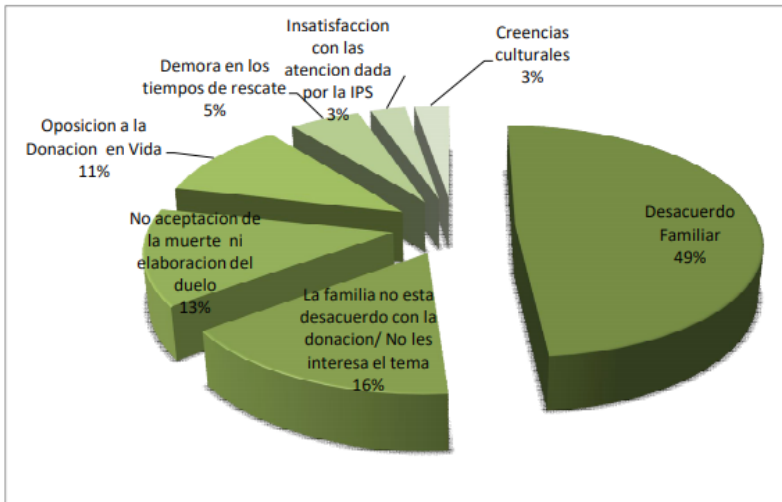
Tabla No 2. Número de donantes efectivos de órganos y tejidos en muerte cerebral y parada cardíaca. Coordinación Regional No. 2, año 2012-2013.

AÑO	No. De Donantes Efectivos en muerte cerebral	No. De Donantes Efectivos en parada cardíaca	Total Donantes Efectivos	% de variación año a año
2012	206	75	281	-16%
2013	183	52	235	

Fuente: Registro CRUE-SSSA Coordinación Regional No. 2 Red de Donación y Trasplantes

Estos datos dejan al descubierto el crecimiento en el transcurso del tiempo de la negativa a donar por parte de los familiares del fallecido y de la sociedad en general. Pero, según la información a continuación, algunas de las razones que llevan a que los familiares tomen esta decisión son:

Gráfico No. 1. Porcentaje de negativa familiar en donantes de muerte cerebral según causa. Coordinación Regional No.2, año 2013



Fuente: Registro CRUE-SSSA Coordinación Regional No. 2 Red de Donación y Trasplantes

De manera que, como se puede ver, la negativa a donar los órganos y componentes anatómicos de un paciente con muerte cerebral no radica exclusivamente en la desinformación, oposición a la donación en vida y desacuerdo de los familiares para tomar la decisión, como se creía principalmente, sino que intervienen más factores como la demora de rescate del órgano y componente anatómico que se quiere donar; y la mala atención dada por las IPS.

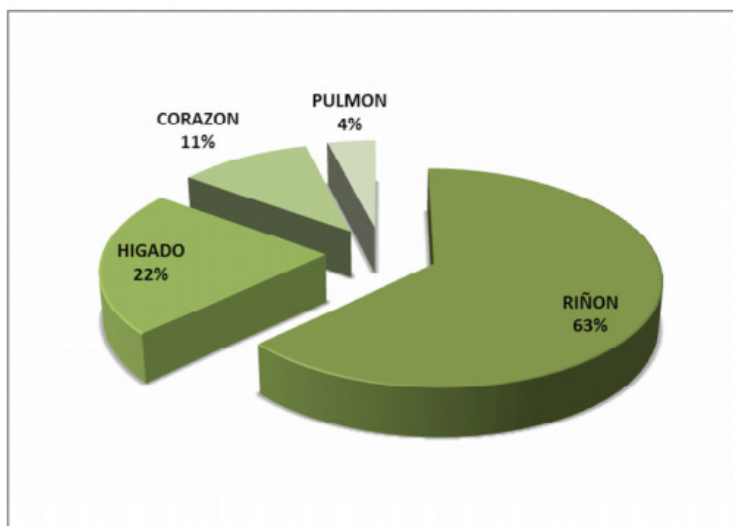
Finalmente, se expondrán algunas gráficas que exhiben las tasas de rescate de órganos, de acuerdo con la demanda en el Departamento de Antioquia en el 2013, así como el de otras ciudades principales:

Tabla No. 4. Rescate de órganos Coordinación Regional No. 2, año 2013.

RESCATE DE ORGANOS ANTIOQUIA. AÑO 2013	
RIÑON	281
HIGADO	98
CORAZON	47
PULMON	16
PANCREAS	1
INTESTINO	2
TOTAL RESCATES	445

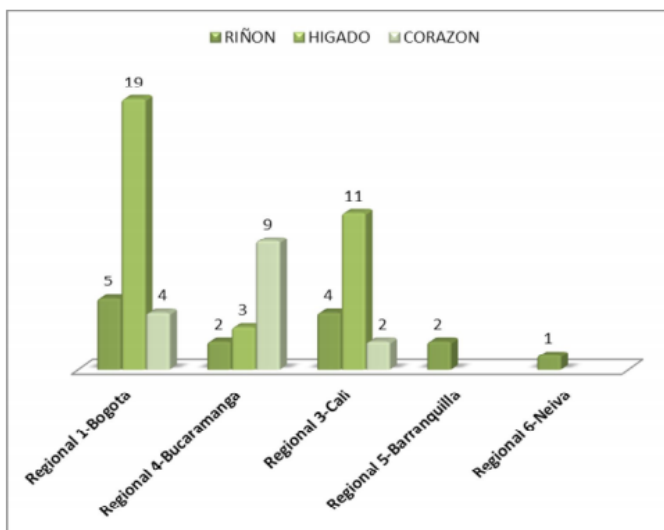
Fuente: Registro CRUE-SSSA Coordinación Regional No. 2 Red de Donación y Trasplantes

Gráfico No. 3. Porcentaje de órganos rescatados. Coordinación Regional No.2, año 2013.



Fuente: Registro CRUE-SSSA Coordinación Regional No. 2 Red de Donación y Trasplantes

Grafica No.4. Numero de órganos enviado por regional. Coordinación Regional No. 2, año 2013.



Fuente: Registro CRUE-SSSA Coordinación Regional No. 2 Red de Donación y Trasplantes

Aunado a lo anterior, aparece un nuevo factor influente. Y es que con la promulgación de la Ley 1805 del 2016 se exponen dos posturas extremas respecto a la donación, que como se mencionó, son altruista e indiferente ante la ablación y donación de órganos. También van encaminadas a la protección y garantía de derechos constitucionales que le son inherentes al paciente, bien sea en calidad de receptor o de donante (persona en estado vegetativo) y a la protección y garantía de Derechos Fundamentales de los familiares del paciente que ha fallecido o el que tiene un diagnóstico de muerte cerebral.

Ahora bien, es importante aclarar que, en Colombia, aunque existe el consentimiento informado entre médico y paciente, este consentimiento se ve limitado o afectado cuando se está frente a casos en los cuales el paciente es menor de edad y, por tanto, no puede tomar sus propias decisiones respecto al tratamiento que se le realice o, por el contrario, el paciente es mayor de edad, pero no cuenta con capacidad mental plena para poder decidir. Por lo tanto, al agotar la primera instancia de información entre médico-paciente y no obtener una decisión respecto al tratamiento que se realice, se toma de referencia el consentimiento informado por representación.

Es por esto que, de acuerdo con Dopico (2010), se parte de la base fundamental del consentimiento informado, donde en primer lugar se evidencia la autonomía del paciente a decidir, si se le realiza o no un tratamiento y/o una intervención quirúrgica, pero, aun así, respetando esta autonomía del enfermo. Al no obtener una decisión adecuada por parte de este se acude al **consentimiento informado por representación**, el cual va en *contrario sensu* con el primer consentimiento, debido a que el paciente es sometido a un tratamiento médico sin que este lo haya autorizado.

Asimismo, se obtiene que, en primer lugar, sin alcanzar el consentimiento del paciente, bien sea por una decisión positiva o negativa, es aquí en donde los familiares del paciente enfermo de gravedad tienen un rol activo en cuanto a la decisión. Estos actuarían en calidad de terceros interesados por el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida del paciente. Por ello, la decisión de donar o no donar, desde un comienzo es de competencia exclusiva de la familia de aquel paciente, teniendo en cuenta los vínculos afectivos que los unen entre sí.

En el caso de Colombia, la Ley 1805 de 2016, al contener la figura de consentimiento presunto de donación, supone que las personas que se abstuvieron de manifestar su decisión al respecto, son donantes una vez fallezcan. Es aquí donde se considera que el Estado entra a “gobernar” sobre los componentes anatómicos de una persona que no expresó su voluntad en vida o que por el tiempo que transcurrió, sus condiciones de salud se agravaron y no alcanzó a manifestar su decisión de no donar.

Ahora bien, el autor Dopico-Gómez refiere a que hay 3 enfoques, los cuales intervienen en la decisión positiva o negativa del paciente en cuanto al tratamiento médico al que debe ser sometido (específicamente el tratamiento médico-quirúrgico de la extracción y donación de órganos), los cuales son:

El enfoque consecuencial que equivale en realidad al rechazo de la autonomía del paciente, pues solo otorga libertad al paciente para adoptar decisiones «estándar». (...) el enfoque formal, que atiende a si el sujeto disfruta o no del status de sujeto adulto no incapacitado a la luz del avance de los Derechos de los niños y los incapacitados. Y por último el enfoque funcional: conocido como el enfoque de la capacidad natural, es el que

en la actualidad impera en el ámbito de la actuación médica: salvo excepciones, el sujeto es competente para decidir sobre el tratamiento médico que se le proporcione siempre que sea capaz de comprender plenamente las implicaciones del tratamiento propuesto, sus riesgos o posibles desventajas y las alternativas existentes. Dopico, (2010).

De lo anterior se comprendería que los 3 enfoques se reflejan en la decisión positiva o negativa de donar los órganos, bien sea porque el paciente en vida lo alcanzo a manifestar o gracias a la decisión y plena capacidad de los familiares que, al ver a su familiar en estado vegetativo, dimensionan los pros y los contras que tendría la donación o no de los órganos y componentes anatómicos.

Por último, se expone de manera superficial que existen 3 modos en cómo se puede analizar el consentimiento informado por representación (es decir de un padre, esposo o familiar) y, asimismo, la influencia directa de este consentimiento en la decisión más benéfica para el paciente:

A. Conforme a las valoraciones subjetivas del tercero decisor:

Cuando se habla de valoraciones subjetivas del tercero decisor, se hace referencia, en palabras comunes, a las creencias religiosas y/o culturales de ese familiar que actúa en calidad de tercero. Dopico ejemplificaba esta valoración subjetiva del tercero decisor con el caso del padre Testigo de Jehová, el cual, a futuro, no podía imponer a sus hijos rechazar un tratamiento médico o, agravando más la situación, rechazar un trasplante que quizás sea exitoso y logre preservarle la vida al menor de edad.

B. Conforme a una ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y la salud del paciente (en la jurisprudencia anglosajona, criterio del «best interest» o «superior interés» del paciente):

Este apartado abarca un profundo análisis que se hace para llegar a la decisión que pudo haber tomado el paciente en vida. Se cree que, en principio, se utiliza unas suposiciones basadas en los vínculos afectivos y sentimentales entre el familiar y el paciente, para poder obtener la decisión correcta que quizás el paciente habría deseado. Es por esto que, después de hacer este minucioso análisis, el sustituto-representante familiar asume el papel de “puente comunicador”, el cual le informa al médico unas

instrucciones previas verbales, que dejan al descubierto la verdadera voluntad del sujeto antes que este le sea imposible manifestarla.

C. Conforme a lo que el paciente habría decidido en caso de poder formular su decisión (en la jurisprudencia anglosajona, criterio del «substituted judgement»).

Aquí, en términos generales, se pretende evaluar si el familiar del paciente mayor de edad y plenamente capaz, puede tomar la decisión positiva o negativa respecto al tratamiento médico-quirúrgico. Por lo tanto, cabe cuestionarse si esta decisión sería válida desde la visión jurídica y médica, teniendo en cuenta, en primer lugar, que el paciente es mayor de edad y que para el Estado este ya contaría con plena capacidad para decidir lo que es conveniente para su bienestar y para preservar su calidad de vida. Este acápite también evalúa la validez que del criterio y decisión del paciente cuando este rechaza de plano dicho tratamiento.

3.2 Planteamiento de la problemática

En la toma de decisión sobre la extracción y donación de órganos del fallecido o la persona en estado vegetativo, el rol de la familia puede variar, sobre todo con la nueva Ley 1805 de 2016, que contempla la figura del consentimiento presunto de donación. Por eso, se revisará, por medio de la línea jurisprudencial, el papel que tiene la familia en la decisión de donar o no los órganos de un familiar por cuanto están en tensión los derechos fundamentales a la autonomía y a la autodeterminación de la persona con los derechos a la Libertad de Conciencia y Libertad de cultos de los familiares.

Aquí se estudia derechos fundamentales en choque: de un lado el derecho fundamental de libertad de conciencia y por otro el derecho fundamental a la libertad de cultos. Ambas giran en torno a la decisión y a la intimidad personal-familiar que en lectura del capítulo 3 se “entendería” que es competencia exclusivamente de los parientes más cercanos al receptor que requiere el trasplante.

Pero, posteriormente con fallos de la Corte Constitucional (en el caso concreto del menor enfermo) evidenciado en la línea jurisprudencial corregida y en párrafos siguientes del documento original, la Corte toma de referencia esta intimidad personal-familiar pero a la vez la excluye ya

que prima preservar la vida del menor en riesgo de muerte y no prima la inicial intimidad personal- familiar del padre con el menor. Por lo tanto sería válido aclarar inicialmente en ese párrafo de la página 48 que si bien esta intimidad es complementaria y encierra tanto el derecho de libertad de conciencia y con la libertad de culto de los familiares, (para el caso en concreto del menor enfermo en donde está comprometida su vida) solo en caso excepcional la Corte da total y plena relevancia al derecho fundamental de la vida.

Para desarrollar esta línea jurisprudencial se van a tener en cuenta algunos antecedentes históricos sobre el Derecho a la Intimidad personal-familiar y el de Libertad de Conciencia desde los tratados internacionales, la promulgación de la Constitución Política de 1991, la legislación nacional y los preceptos jurídicos que desarrollan casos específicos que sustentan la investigación.

Mencionado esto, se dice que el Derecho Fundamental a la Libertad de Conciencia en Colombia ha ido evolucionando a través del tiempo, y se considera como el pionero en ser estudiado por la tensión con el Derecho a la Vida por la Corte Constitucional. En la sentencia que dio lugar a esta ponderación de derechos, se hace hincapié en el Derecho de Libertad de Conciencia por parte de los familiares, por tratarse de un paciente menor de edad que necesitaba de un tratamiento médico, pero el padre no estaba de acuerdo por su creencia religiosa; es aquí donde la Corte Constitucional antepone el Derecho Fundamental a la Vida, y deja en otra escala los derechos a la Libertad de Cultos y Libertad de Conciencia. Aduce el fallo en mención que:

Así como ésta Corporación ha señalado que “... no puede excluirse... de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres, en el caso contrario, esto es, cuando el menor en contra de la voluntad de sus padres y argumentando sus creencias religiosas pone en peligro su propia vida, rehusándose a recibir un tratamiento médico que los especialistas consideran esencial para preservarla, el Estado y la sociedad tienen el deber de intervenir para proteger el primero de sus Derechos Fundamentales: el Derecho a la Vida, sin el cual no sería posible la realización de ninguno de sus otros Derechos” (Corte

Constitucional de Colombia, Sentencia T- 474 del 1996, pág. 15).

Lo expuesto por la Corte en esta sentencia deja claro el grado de importancia que tiene el Derecho Fundamental a la Vida, pues, sin este derecho, que le es inherente al ser humano, no existe lugar de ejercicio de los demás Derechos Fundamentales estipulados en la Carta Política de 1991.

Por otra parte, la Corte Constitucional también tuvo que estudiar el caso de la tensión entre la autonomía relativa de un menor y la libertad de culto y de conciencia de su representante legal. Allí se dispuso que en el rol de los padres en la toma de decisiones sobre la vida del menor, los derechos de la libertad de culto y de conciencia encuentran como límite el Derecho a la Vida del paciente que se encuentra bajo la tutela de sus padres.

El menor adulto (...) acogió los preceptos de esa religión y está convencido de sus dogmas y principios, conforme a sus creencias él puede recibir el auxilio de la ciencia para atender la enfermedad que lo aqueja, lo que no puede y por eso se rehúsa, es aceptar un tratamiento específico, la transfusión de sangre; esas son decisiones que en principio él como persona a la que se le reconoce una autonomía relativa, puede tomar de manera legítima, pues corresponden al ejercicio de sus Derechos Fundamentales a la libertad de religión y a la Libertad de Conciencia, siempre que con ellas no trasgreda el principio superior consagrado en el Artículo 49 de C.P., que lo obliga a cuidar de sí mismo y de su integridad.

Sin embargo, ello no quiere decir que en aras de preservarle la vida se le puedan imponer al menor una decisión que atenten contra su dignidad y que le impidan la realización de una vida plena (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 474 de 1996)

Esto encuentra fundamento en el Artículo 18 de la Constitución Política que dispone que “Se garantiza la Libertad de Conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”. Pero, cuando está en tensión con el Derecho a la Vida de un menor, la Corte encuentra que no tiene prevalencia la decisión del padre, independientemente que este tenga

un vínculo sentimental-afectivo con el menor que para ese entonces, era el paciente en riesgo de muerte.

Así las cosas, y continuando con el desarrollo legislativo del Derecho a la Intimidad personal-familiar y el Derecho de la Libertad de Conciencia, se puede hacer mención de la Constitución Colombiana de 1886 que, si bien no lo definió como se encuentra actualmente, contempló en el Artículo 39 la Libertad de Cultos y lo relacionaba con la observancia de no actuar en contra de la conciencia.

Por otra parte, desde el bloque de constitucionalidad, está la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, en su Artículo 18, establece que el Derecho de Libertad de Conciencia es un derecho de carácter universal y que, por lo tanto, se aplica para todas las personas sin ningún tipo de restricción.

En el mismo sentido, está la Declaración Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que disponen el derecho que tiene toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia (...)

Por su parte, en el Derecho Interno, la Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, con soberanía popular, supremacía de la Constitución, democrático, participativo, pluralista, fundado en el respeto de la Dignidad Humana, la solidaridad, el trabajo y la prevalencia del interés general sobre el particular. En ese sentido, tanto el Derecho de Intimidad personal-familiar y el Derecho de Libertad de Conciencia son Derechos Fundamentales para todos los ciudadanos del país. Por lo tanto, son derechos que deben ser garantizados y protegidos por el Estado.

En la Carta Política, está el Derecho Fundamental de Intimidad personal-familiar en el Artículo 15, y, por otro lado, se encuentra el Derecho Fundamental a la Libertad de Conciencia. En el Artículo 18, se mencionan ambos derechos, debido a que la decisión de no donar por parte de los familiares en principio involucra estos derechos. Es así como el Derecho a la Intimidad personal-familiar y el Derecho de Libertad de Conciencia deben sujetarse al orden legal y a los principios democráticos, para que la extracción y donación de órganos, como procedimiento médico-científico, sea legal.

En relación con lo anterior, el Derecho a la Libertad de Conciencia en conexidad con el Derecho de Intimidad personal-familiar forma parte de los Derechos Humanos de primer orden, con carácter universal. Por lo tanto, es por esta razón que la Corte Constitucional, en diferentes sentencias con relación a este tema en específico, establece que, en cuanto a la protección del Derecho de Intimidad personal y familiar radica en:

Una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un Derecho de la personalidad. Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un Derecho general, absoluto, extra patrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “erga omnes”, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este Derecho (...) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 414 del 1992 , pág. 1).

De la misma forma, es vital señalar que este Derecho a la Intimidad personal-familiar puede estar sujeto a vulneración por parte de personas particulares, y también por parte del Estado. Así, la Corte Constitucional lo ha determinado:

La violación de la intimidad requiere del sujeto activo una conducta dirigida a conocer el ámbito oculto de la vida personal o familiar sin que medie autorización que lo permita. El quebrantamiento en esencia ocurre con la invasión abusiva de alguien en la esfera personal y privada de otra, así el propósito no sea el de obtener ventajas o hacer públicas tales situaciones. La simple intromisión constituye el instrumento de la violación, (...) por lo tanto no se da la violación del Derecho, si los hechos íntimos del presunto ofendido ya son situaciones conocidas en forma pública o quien ausculta la intimidad ajena cumple un mandato legal, porque en el primer caso ya no hay intimidad que violar, y en el segundo la conducta se legitima por voluntad de la Ley (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-386 de 1994, pág. 1).

Aplicado al caso en concreto, sobre la decisión de los familiares para que se pueda proceder con la ablación y posteriormente donación de los órganos de su familiar en estado vegetativo (y en otros casos fallecido), cabe cuestionarse si, al tener conocimiento público (es decir familiares, gremio médico-científico, sociedad en general) de la cesación de funciones cerebrales, respiratorias entre otras, ¿existiría intimidación personal-familiar y, al mismo tiempo, vulneración a este derecho al conocerse que al paciente y familiar en estado vegetativo y/o fallecido le han cesado sus funciones vitales?

Aquí, esta cesación de funciones vitales, debidamente comprobadas y certificadas *médico-científicamente*, asimismo, ¿daría lugar al reconocimiento de este derecho y, al mismo tiempo, a la vulneración del mismo?

Según lo expuesto por la Corte Constitucional, y realizando la similitud con los cuestionamientos planteados con anterioridad, no habría lugar a vulneración del Derecho Fundamental a la Intimidación personal-familiar. Es, por esta razón, que, en párrafos anteriores, se expresó y aclaró que, en principio, se entendía que el Derecho de Intimidación personal-familiar se relacionaba con la decisión de no donar por parte de los familiares, pero, tras el análisis de precedentes judiciales y casos concretos de donación de órganos, se observa que este Derecho Fundamental de Intimidación personal-familiar queda excluido.

Finalmente, es pertinente destacar ahora que la acción de tutela en Colombia, es el mecanismo idóneo para garantizar el cumplimiento y la efectividad de los Derechos Fundamentales, no solo de los pacientes que se encuentran en delicado estado de salud y requieren de la protección de su Derecho Fundamental a la Vida, sino que también resulta ser un mecanismo de amparo constitucional utilizado por los familiares que deciden no donar los órganos y/o componentes anatómicos de su familiar fallecido y/o en estado vegetativo. Esta decisión negativa de donación hace parte del ejercicio del Derecho Fundamental a la Libertad de Conciencia, derecho que, de igual forma, debe ser protegido y garantizado por el Estado.

3.2.1 Consentimiento Informado entre Médico-Paciente y el Consentimiento Informado por Representación

Al iniciarse un procedimiento quirúrgico, como la extracción y donación de órganos o cualquier otro, existen dos tipos de consentimiento informado: en primer lugar, se tiene el consentimiento informado entre el profesional de la salud, el médico, y el paciente. Y, por otro lado, se tiene el consentimiento informado por representación. A continuación, se explicará en qué consiste el consentimiento informado médico-paciente en Colombia, Estados Unidos y Alemania.

En Colombia, la Ley 23 de 1981 sobre la ética médica, aunque profundiza en el consentimiento informado entre médico y paciente, su Artículo 14 consagra que: “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata” (Congreso de Colombia , 1981).

Esta disposición consagra que en los dos tipos de consentimiento (consentimiento informado médico-paciente versus consentimiento por representación), influye la edad del paciente y el estado de salud del mismo sobre cómo se debe proceder con el tratamiento quirúrgico. No obstante, este consentimiento informado entre médico y paciente puede verse interrumpido, según el Ministerio de Salud y Protección Social, porque:

El paciente con alteraciones mentales que dificulten o imposibiliten una adecuada comunicación, pacientes con alteración de la conciencia, pacientes menores de edad o adulto mayor que no tengan la capacidad de recibir la información y poder decidir, paciente que desconoce sus Derechos y la existencia del consentimiento informado (Ministerio de Salud y Protección Social , 2009, pág. 11).

De modo que, cuando el paciente se encuentre en incapacidad mental o física para manifestar su decisión frente al consentimiento informado, se procede a informar a los familiares del paciente para que sean estos los que decidan sobre el tratamiento quirúrgico.

Ahora bien, en Estados Unidos, en términos generales, el consentimiento informado, según Agón Lopez (2016), se origina a principios del

siglo XX, y se reafirma en los años 60 y 70, no solo por la revolución de Derechos que para esa época era vigente en Estados Unidos, sino, además, el mismo Estado norteamericano quería politizar la medicina. La importancia de la autonomía del paciente llevó a que se reconociera la figura del consentimiento informado, debido al activismo de movimientos colectivos de mujeres y otros, buscando un cambio en el ámbito de la medicina y el ámbito de lo social .

Es por esto que gracias a esta concientización colectiva promovida por mujeres y grupos de justicia racial: “los pacientes empiezan a solicitar a los facultativos que tengan en cuenta su autonomía y al no obtener respuestas acuden a los tribunales, de ahí que el consentimiento informado se vea reflejado en la jurisprudencia (*common law*)” (Agón Lopez, 2016-a)

Por último, se trae a colación uno de los casos más citados en la doctrina estadounidense por las declaraciones del Juez del Tribunal de Apelaciones de Nueva York, Benjamín Cardozo, el cual refirió que toda persona adulta y con capacidad para decidir tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su cuerpo, de manera que una intervención quirúrgica realizada sin el consentimiento del paciente es una agresión que genera daños legales. De ahí que sea esencial el consentimiento voluntario para cualquier intervención médica (Agón Lopez, 2016-b).

Por otro lado, en Alemania, tanto el consentimiento como la información surgen en la mitad del siglo XIX. En esta época, el Tribunal Supremo del Imperio Alemán, conocido como el *Reichsgericht*, expresó la importancia que tiene el consentimiento informado del paciente. Allí se aduce que este consentimiento informado debe realizarse antes de la práctica del tratamiento médico-quirúrgico, y cualquier intervención médica sin consentimiento del paciente para realizarla es una lesión corporal ilegal, pues el fin del médico es preservarla y mejorar la calidad de vida del paciente, por medio de sus conocimientos y prácticas de tratamiento. Pero, “esto no implica que tenga la facultad jurídica de intervenir, atendiendo solo a su discreción, invadiendo la esfera jurídica del otro, y aplicando un tratamiento arbitrario, utilizando el cuerpo como objeto de un ensayo terapéutico bien intencionado” (Agón Lopez, 2016- c)

En la actualidad, para Alemania, el consentimiento informado entre el médico y paciente “encontró apoyo en la promulgación de la Constitución

alemana (*Grundgesetz*), que consagra el Derecho a la Dignidad (Art. 1, 1): y también consagra el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad (Art. 2, 1)”. Sumado a ello, está la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland”, que establece los Derechos Fundamentales involucrados en el consentimiento informado entre el médico y paciente, los cuales son, son el Derecho Fundamental a la Dignidad Humana y al Libre Desarrollo de la Personalidad.

Asimismo, Agón-Lopez (2016-c) aclara que en Alemania:

El requisito del consentimiento es una expresión de la noción jurídica fundamental que establece que la relación jurídica entre médico y paciente se basa en el principio del consenso y el respeto a la libertad de decisión. Estos principios proporcionan al paciente un Derecho a la Enfermedad (*Recht auf Krankheit*).

Respecto al consentimiento informado se parte de un principio básico, y es que el paciente debe dar su consentimiento para cada tratamiento específico; una decisión sensata solo puede tomarse cuando el médico ha informado adecuadamente. Si no existe ese consentimiento informado, el tratamiento es ilegal, incluso si este se ha llevado a cabo conforme a la *lex artis*.

Bajo este tenor, en Alemania los tratamientos médicos-quirúrgicos y el consentimiento informado, guardan una relación directa y complementaria con la carta de Derechos Fundamentales del Estado alemán, por su relación con la Dignidad Humana y a la libre determinación.

Por último, se reafirma que el término *Selbstbestimmung* —que se traduce como “autodeterminación”— es usado por primera vez en Alemania por Weimar, para referir que una característica del ser racional es la personalidad individual. De manera que esta libre determinación se refiere a que la persona no está condicionado a ataduras y condiciones externas (Agón Lopez, 2016-d).

3.2.2 Consentimiento Informado por Representación

El consentimiento informado por representación, parte del principio fundamental de la autonomía del paciente de decidir si se le realiza o no un tratamiento y/o una intervención quirúrgica, respetando esta autonomía del enfermo cuando no se obtiene una decisión, al recurrir al consentimiento

informado por representación que, diferente al primero, le otorga la facultad al representante del paciente a autorizar el tratamiento médico (Dopico, 2010).

Ahondando en este punto, se tiene que cuando no se obtiene el consentimiento del paciente, bien sea positivo o negativo, los familiares del paciente enfermo de gravedad tienen un rol activo en cuanto a la decisión, actuando en calidad de terceros interesados por el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida del paciente. Esto llevaría a considerar que en lo que se refiere a la extracción y donación de órganos del fallecido o persona en estado vegetativo, los familiares tendrían la facultad exclusiva de decidir positiva o negativamente.

Así las cosas, en Colombia, debido a la Ley 1805 de 2016, la decisión de los familiares del paciente fallecido y/o en estado vegetativo se ve vulnerada por el Estado, pues es este quien gobierna sobre los componentes anatómicos de una persona que no pudo expresar su voluntad en vida con la presunción de donación.

Ahora bien, el consentimiento por representación puede darse en tres escenarios, los cuales son:

- **Con referencia a las valoraciones subjetivas del tercero decisor:**

En este punto se debe tener en cuenta que, si bien en algunos escenarios el criterio de las valoraciones subjetivas de un tercero es considerado como relevante, en el consentimiento informado sustituto no tiene tal importancia. En este sentido, se puede traer a colación, como ejemplo, un padre Testigo de Jehová que le prohíbe a su hijo ser receptor de un trasplante; esta valoración del padre no podrá ser tenida en cuenta si el menor está de acuerdo. Debe anotarse que estos temas tienen diferentes posturas desde el punto de vista moral, religioso y médico; no obstante, eso no es un motivo para que un tercero interponga sus visiones al que no se encuentra en capacidad de consentir. (Dopico Gómez, 2010-a).

- **Sobre la consideración objetiva de las opciones para la vida y salud del paciente, según el profesional médico (*best interest* o interés superior)**

Este parece ser el más ajustado al respecto por la autonomía del paciente, en el sentido que se plantea ¿cuál sería la alternativa por la que habría optado el paciente si este pudiera manifestar su voluntad? Claro que solo en aquellos casos en los que se debe aplicar la sustitución de la voluntad, por el que le corresponda hacer saber la voluntad del que se encuentra en situación de incapacidad para expresarla.

No obstante, hay que tener en cuenta que las figuras de testimonio de voluntad anticipada y la voluntad hipotética no tienen el mismo significado. Pues el primero opera cuando una persona de manera previa había manifestado su voluntad respecto a alguna clase de intervención; y el segundo, es la reafirmación de la voluntad real de la persona que se encuentra en incapacidad de expresarla. Teniendo así que la voluntad hipotética se aplica cuando no hay quién atestigüe la voluntad del paciente en determinado escenario que se requiere su consentimiento. En cambio, la voluntad sustituta se configura cuando deben testimoniarse la voluntad que el paciente había tenido previamente (Dopico Gómez, 2010-b).

En estos casos, la persona o familiar del paciente tiene la carga probatoria respecto a su figura como “testigo de la voluntad del paciente”, lo que ha llevado a que Dopico, con base en los planteamientos de Buchanan y Bronk, planteen los elementos que requiere un testigo para probar su credibilidad y autoridad moral, denominadas las reglas de prudencia (Rules of Thumb) (Dopico Gómez, 2010-c). Estas son: (i) entre más precisa esté la manifestación de la voluntad previa del paciente; (ii) la relación entre lo que ha expresado el paciente y su propio caso; (iii) sustento probatorio; (iv) confiabilidad de las fuentes probatorias; (v) entre más veces la voluntad haya sido expresada por el paciente, mejor (Dopico Gómez, 2010-d).

Aplicado al caso de estudio extracción y donación de órganos, estas reglas de prudencia para determinar el peso probatorio del familiar y testigo del paciente fallecido o en estado vegetativo, son de gran ayuda cuando se trata de precisar con exactitud la voluntad del paciente pues, aunque en un principio se tenía solo la regla de parentesco entre el paciente y familiar (regla número 4), ahora se tienen expuestos la mayoría de familiares o fuentes de credibilidad (regla número 3); y, por último, la reiteraciones de manifestación de voluntad del paciente (regla número 5).

- **Con referencia a la decisión que habría tomado el paciente si pudiera manifestar su decisión (*substituted judgement*)**

Aquí se debe aclarar que el representante legal no siempre puede manifestar las decisiones que una persona adulta y capaz puede tomar, depende de si opta por el criterio objetivo, referente al *best interest*, o subjetivo sobre el *substituted judgement*. En esta línea, la doctrina ha optado por destacar el criterio de la voluntad real o hipotética del paciente o *substituted judgement*, sobre la concepción objetiva o *best interest*, con base en que el representante puede actuar exclusivamente en beneficio del paciente y respetando su Dignidad Humana.

Es en razón a ello que, mientras se actúe bajo el criterio objetivo del *best interest* no se puede optar por decisiones que van en contravía de la *lex artis*, de manera que, cuando esté en la calidad de sustituto, tiene que decidir por la mejor alternativa para el paciente, dentro de lo señalado por el profesional médico, pues, sino es así, la voluntad no es considerada como válida.

Aquí, es posible percibir la diferencia entre el margen decisional del representante (*best interest*) y el del paciente capaz, pues este último puede optar por tomar una decisión contraria a lo indicado por el médico, sin necesidad de motivarla o justificarla. No obstante, si el representante demuestra sin lugar a alguna duda que expresa la voluntad real del paciente puede optar por no seguir las indicaciones médicas, sin tener tampoco la necesidad de justificar dicho actuar, porque se trata de la voluntad de la persona que no se encuentra en capacidad de manifestarla (Dopico Gómez, 2010-e).

3.3 Línea Jurisprudencial

3.3.1 Punto Arquimédico

La Sentencia más reciente de la línea jurisprudencial es la C 933 de 2007 de la Corte Constitucional, que, como se verá más adelante, estudia la constitucionalidad de una expresión contenida en el Artículo 2 de la Ley 73 de 1988, referente a la presunción legal de donación. Para resolver esta demanda, el Alto Tribunal tiene entre sus consideraciones el papel de la familia en la extracción de órganos y su derecho a oponerse a este procedimiento cuando la persona fallece y existe manifestación de su

voluntad al respecto. Es así como, tras tener en cuenta estos puntos, la Sala decide declarar la exequibilidad condicionada de la expresión, demandada por las razones que se explicaran en detalle más adelante.

3.3.2 Estudio de la Línea Jurisprudencial

Al ser este un tema poco discutido por la Corte, tras realizar las técnicas de estudio de línea, que parten de encontrar el punto arquimédico o sentencia más reciente, posterior a esto, realizar la ingeniería inversa identificando las sentencias citadas por la Corte que tengan en común el mismo problema jurídico y, posteriormente, construir la telaraña decisional para graficar las sentencias en la línea, se pudo constatar que esta línea se encuentra integrada en su mayoría por disposiciones normativas, siendo la intervención judicial muy poca.

Así las cosas, el mandato legal más reciente frente a este tema es la Ley 1805 de 2016, que modifica la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y dicta otras disposiciones. Esta Ley fue expedida con el fin de ampliar la presunción legal de donación de órganos y tejidos anatómicos destinados a trasplante o para propósitos terapéuticos. Por ello, modifica el Parágrafo 1 del Artículo 540 de la Ley 9 de 1979, dejando en su lugar que solo se hará uso de componentes anatómicos cuando se compruebe la existencia del consentimiento libre, anterior e informado del donante, o habrá lugar a la presunción legal de donación.

En el mismo sentido, modifica el Artículo 2 de la Ley 73 de 1988, estableciendo que la presunción legal de donación opera siempre que la persona en vida se haya abstenido de ejercer su derecho a manifestar su oposición a ser donante de órganos y tejidos anatómicos después de su fallecimiento, eliminando consigo el término para que sus deudos se opusieran.

Además de esto, incluye como novedad en el Artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 la prohibición de prestar los servicios de trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, excepto que el receptor y el donante sean cónyuges o compañeros permanentes con no menos de 2 años de convivencia en ambos casos, o

sean parientes consanguíneos hasta cuarto grado, segundo de afinidad o primer civil.

Por otra parte, en el Artículo 15 de la misma Ley se estipula que aquellos que no han cumplido la mayoría de edad podrán ser donantes siempre que su representante legal exprese su consentimiento informado en el marco de las ocho (8) horas siguientes a la muerte cerebral.

Así también, se incluye la manifestación de oposición a la presunción legal de donación (Artículo 3, Ley 1805 de 2016), que se realiza manifestando su voluntad ante Notario Público y radicándola posteriormente en Instituto Nacional de Salud (INS), o también está la posibilidad de expresar su oposición en el momento de afiliación a la Empresa Promotora de Salud (EPS) que será la encargada de informar al INS. Lo que evidentemente permite vislumbrar la ampliación a la presunción legal de donación y el derecho de las personas de manifestar su oposición a la extracción de órganos *post mortem*, mediante documento público o expresión de la voluntad en el trámite de afiliación a la EPS

Anterior a esta Ley, se encuentra la Sentencia que funge como Sentencia Hito y punto arquimédico, la C 933 de 2007, en la cual la Corte se ocupa de una demanda una acción de inconstitucionalidad presentada por la expresión “o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal” del Artículo 2 de la Ley 73 de 1988, por presuntamente contrariar los Artículos 1, 2 inciso 2, 15 inciso 1, 16, 18, 19, 42 inciso 2, 101 inciso 3 y 4 de la Constitución Política, esto porque no permite a los familiares de la persona fallecida ejercer su derecho a oponerse a la extracción de componentes anatómicos de la mismo.

De manera general, el Alto Tribunal estudia si la norma demandada viola los Artículos señalados por la actora, toda vez que limita el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de componentes anatómicos de la persona fallecida. Para dar respuesta a este interrogante, la Corte empieza por analizar las consideraciones generales desde la visión ética-jurídica y ética-médica de la ablación de componentes anatómicos *post mortem*; posteriormente, la Sala analiza el consentimiento en la donación de órganos, la presunción legal de donación y la manifestación de voluntad de los familiares, y su derecho de disponer del cadáver fundado en el Derecho Constitucional a la Libertad de Conciencia y la Libertad de Cultos.

Resuelto esto, señala la conciliación entre los derechos anteriormente señalados y el principio de solidaridad e interés general sobre el particular. Con esto, la Corte termina por concluir que, efectivamente, la lectura literal de la norma resulta inconstitucional, toda vez que la realización de la necropsia puede tener lugar antes de que se cumpla el término de 6 horas para la oposición de la familia.

Por lo que la Sala decide declarar la exequibilidad condicionada de la norma, siempre que se entienda que los familiares ejercerán su derecho a oponerse a la extracción de órganos o tejidos anatómicos (i) en el término de 6 horas como mínimo posteriores la declaración de muerte del familiar, y en el caso de que la necropsia se haya autorizado se prolongará el plazo hasta la iniciación de la misma; y, (ii) le corresponde al médico informar plenamente a los familiares sus Derechos de acuerdo a lo establecido por la Ley 73 de 1988.

En el mismo sentido, se tiene el Decreto 2493 de 2004 que reiteró la disposición legal introducida por la Ley 73 de 1988, al establecer en el Artículo 16 numeral 2, que para la utilización de componentes anatómicos en persona fallecida se requiere de la garantía del trámite del consentimiento informado del donante o a falta de este el de sus deudos, lo que exige que tanto el primero como los segundos, sean mayores de edad y civilmente capaces en el momento de expresar su voluntad.

Asimismo, la utilización de componentes anatómicos podrá realizarse cuando opere la presunción legal de donación, entendiendo a esta, según el Artículo 19 del mismo decreto como, la presunción de que una persona es donante cuando durante su vida no ejerció su derecho a oponerse a la extracción de componentes anatómicos después de su muerte, y dentro de las (6) horas siguientes a la muerte encefálica o antes de la realización de la necropsia, sus sobrevivientes no acreditan su calidad ni manifiestan su oposición.

Siguiendo con el precedente de la línea, está la Sentencia T 517 de 1995, en la cual el Alto Tribunal revisa una acción de tutela interpuesta por una ciudadana contra la administración del Parque Cementerio Campos de Paz, de la ciudad de Medellín, por considerar vulnerados sus sentimientos religiosos y las sanas costumbres. Esto, fundamentado en que el cadáver de su hijo fue enterrado en el lote de este cementerio, pero como es costumbre

exhumar al cadáver cada cuatro años en esta región, la accionante solicita que el mismo se abstenga de exhumar el cadáver, a menos de que exista autorización.

Con esta situación fáctica, los jueces constitucionales de primera y de segunda instancia niegan el amparo de la acción de tutela por declararla improcedente; no obstante, al llegar a revisión, el Alto Tribunal plantea que la acción de tutela si es procedente, por cuanto la acción de tutela de acuerdo con el Decreto 2591 de 1991 establece que puede ser interpuesta contra el particular encargado de la prestación de un servicio público.

De modo que la Corte inicia por analizar la titularidad del derecho a decidir sobre la exhumación. Para esto, se remite a la Sentencia T 162 de 1994 que aplica las reglas contenidas en el Decreto 1172 de 1989, reglamentario de la Ley 9 de 1979, sobre la disposición de órganos o componentes anatómicos y trasplantes, y establece que, como analogía de la expresión de consentimiento que se tiene que dar para la extracción de componentes anatómicos de una persona fallecida, se debe tener como orden: “(i) El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos; (ii) los hijos legítimos o naturales, mayores de edad; (iii) los padres legítimos o naturales; (iv) los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad; y (v) los abuelos y nietos”

No obstante, para el caso en concreto, si bien los familiares son los llamados a decidir sobre el cadáver de la persona fallecida, con el Parque Cementerio Campos de Paz existe un contrato de arrendamiento de lote para la sepultura del cadáver que, efectivamente, tiene como término 4 años, pero puede ser prorrogado, por lo cual la Corte encuentra que no existe vulneración a los derechos incoados por la actora, entonces decide no conceder el amparo constitucional en esta ocasión.

En el mismo tenor, la Sentencia T 162 de 1994 estudia el caso de una acción de tutela interpuesta en Ciénaga, Magdalena, donde al fallecer el esposo de la accionante se enterró su cadáver en el Cementerio de San Miguel de esta localidad; no obstante, dos años antes de la presentación de la tutela quiso mover los restos de su esposo a otro cementerio, pero se encontró con el hecho de que ya no se encontraba en el lugar inicial. Fue en ese momento en el que se enteró que el hijo extramatrimonial de su esposo

había realizado los trámites ante las autoridades eclesiásticas para mover el cuerpo a otro cementerio ubicado en el casco urbano de la misma ciudad.

Ante estos hechos, el juez de tutela de instancia decidió amparar los derechos de la actora, lo que lleva a la Corte a plantear, “¿quién tiene derecho a exhumar un cadáver?”, y, “¿quién tiene derecho a inhumarlo?” Para resolver estos interrogantes, la Sala refiere la inexistencia de legislación expresa referente al tema, porque estos asuntos han sido reglados por las autoridades religiosas, lo que requiere entonces entender el alcance de la propiedad de los cadáveres, sosteniendo que si bien existen conceptos, desde los cuales el derecho sobre el cadáver le corresponde a los herederos con todas prerrogativas que contiene el Derecho de Dominio; también, está otra parte de la doctrina que refiere que sobre el cadáver existe un Derecho de Propiedad limitado de los deudos que se refiere únicamente a su disposición.

Con base en lo anterior, la Corte concluye que en el contexto nacional existe una especie de cuasi propiedad sobre los cadáveres de los familiares basado principalmente en el deber de custodia. Por ello, la titularidad del derecho la tiene, sin duda, la familia de la persona fallecida. Empero, este derecho que tienen los familiares a disponer del cadáver está regulado por leyes de orden público, que garantizan tanto la moral individual y comunitaria como la salubridad pública.

Es de esa manera, que la Corte decide aplicar las reglas contenidas en el Decreto 1172 de 1989 relativo a la disposición de órganos componentes anatómicos y trasplantes, por su analogía frente a la decisión que deben tomar los familiares de la persona fallecida frente al cadáver, la cual tiene como orden “(i) El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos; (ii) los hijos legítimos o naturales, mayores de edad; (iii) los padres legítimos o naturales; (iv) los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad; y (v) los abuelos y nietos” (Decreto 1172 de 1989)

Esto lleva al Alto Tribunal a concluir que, en cumplimiento de los Derechos de Libertad de Culto y Libertad de Conciencia, los familiares son los encargados de decidir sobre el cuerpo de la persona fallecida, por el valor simbólico, la significación católica y la situación peticionaria que envuelve al cadáver, esto, siempre que sus actuaciones estén de acuerdo con las normas de orden público que regulan esta materia. Es así como la

Corte decide confirmar la sentencia emitida por el juez constitucional de instancia y amparar los derechos alegados por la accionante y ordenar a los demandados la exhumación e inhumación correspondientes.

Así las cosas, se tiene como antecedente el pronunciamiento inmediatamente referido la Ley 73 de 1988, por medio de la cual se adicionan ciertas disposiciones a la Ley 09 de 1979 y se dicta otras relativas a la donación y trasplante, componentes anatómicos para trasplantes o usos terapéuticos. Establece, en su Artículo 1, que solo se podrá disponer de los componentes anatómicos si existe consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, o cuando haya abandono del cadáver, o cuando se cumplan los presupuestos para la presunción legal de donación.

Siendo la presunción de donación, un nuevo elemento en el ordenamiento jurídico colombiano, que como se sabe por lo tratado en las anteriores páginas, hace referencia a la presunción de que una persona es donante porque en su vida no ejerció su derecho a oponerse a la extracción de órganos después de su muerte, y sus deudos no acreditan su condición ni manifiestan su oposición frente al tema en las seis (6) horas siguientes a la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, lo que autoriza al Estado a realizar la extracción de componentes anatómicos en centros autorizados.

De tal suerte, se tiene en el Artículo 5 del mismo articulado, que, cuando se requiera expresar el consentimiento sobre esta materia, se deberá realizar teniendo como orden: “(i) El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos; (ii) los hijos legítimos o naturales, mayores de edad; (iii) los padres legítimos o naturales; (iv) los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad; (v) los abuelos y nietos; (vi) los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado; y, (vii) los parientes afines hasta el segundo grado” (Ley 73 de 1988).

Esto representó un avance significativo en lo concerniente al tema de la extracción de componentes anatómicos en el ordenamiento jurídico colombiano, en el sentido de que en la Ley 9 de 1979, Art. 539, inciso 3, se insta al Ministerio de Salud a expedir las disposiciones necesarias respecto al asunto de la donación o trasplante de órganos, tejidos y líquidos orgánicos de cadáveres o de seres vivos para trasplantes o usos terapéuticos.

Entre tanto, se estableció de manera general, en el Artículo 540, la primera disposición al respecto, la cual indicaba lo siguiente:

Cualquier institución de carácter científico, hospitalario o similar, que se proponga emplear métodos de trasplantes o utilizar los elementos orgánicos con fines terapéuticos, deberá obtener de la autoridad sanitaria la licencia correspondiente, previa comprobación de que su dotación es adecuada, sus equipos científicos capacitados y que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, el acto terapéutico no constituirá un riesgo, distinto de aquel que el procedimiento conlleve, para la salud del donante o del receptor.

PARÁGRAFO. Solo se podrá autorizar la utilización de los elementos orgánicos a que se refiere este Artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, consentimiento de los deudos o abandono del cadáver.

De acuerdo con esta disposición, la extracción de componentes anatómicos solo podría hacerse con fines terapéuticos y siempre que mediara el consentimiento del donante, del receptor, de los deudos o abandono del cadáver, sin existir, entonces, la presunción legal de donación.

3.3.3 Sentencia Hito

En el estudio de esta línea jurisprudencial, se encuentra que la Sentencia Hito es la C 933 de 2007, donde el Alto Tribunal estudia una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la expresión “o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal”, contenida en el Artículo 2 de la Ley 73 de 1988, porque, de acuerdo con la actora, la norma es violatoria de los Artículos 1, 2 inciso 2, 15 inciso 1, 16, 18, 19, 42 inciso 2, 101 inciso 3 y 4 de la Constitución Política, esto, en razón a que niega el derecho de los familiares de la persona fallecida a manifestar su oposición a la extracción de órganos o componentes anatómicos del mismo.

Lo anterior, tiene como fundamento que la norma limita el ejercicio del derecho de los familiares al término de seis horas so pena de que se configure la presunción legal de donación de componentes anatómicos, vulnerando así los Derechos Constitucionales a la Libertad de Conciencia, la Libertad de Cultos, el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, el

Derecho a la Intimidad personal y familiar, así como el Artículo 101 de la Carta, que establece que el Estado no es el propietario de los cadáveres.

En ese entendido la norma de la Ley 73 de 1988 que es demandada es la siguiente:

ART. 2. Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el Derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.”

Para resolver esta acción de inconstitucionalidad, la Corte plantea como problema jurídico determinar si la norma demandada viola los Artículos constitucionales señalados por la actora, en el entendido de que restringe el derecho a los familiares de manifestar su oposición a la extracción de órganos, antes de que se configure la presunción legal de donación dentro del plazo establecido por la Ley?

Para dar solución a esto, la Corte inicia por referir el concepto de tipo de muerte aceptado por el ordenamiento jurídico colombiano, el cual es el cese irreversible de la función cerebral que regula y controla todo el organismo, siendo en entonces la muerte cerebral a manera de morir que es aceptada desde el punto médico, ético y legal.

Asimismo, la Sala refiere que para que se pueda realizar la donación de órganos debe existir el libre consentimiento informado, bien sea aportado durante la vida de la persona o de los parientes y familiares más cercanos, si así lo determina la Ley, para que se pueda expresar la voluntad antes de que se configure el consentimiento presunto de donación.

Es así como, en la donación *post mortem*, la persona puede otorgar su consentimiento informado en vida, manifestando su deseo de donar los órganos o, por el contrario, expresar la oposición a la extracción de los órganos de su cadáver. Así, también, puede guardar silencio respecto al tema y, allí, es cuando se configura el consentimiento presunto o presunción legal de donación, siempre que los deudos no cumplan con las condiciones

legales para oponerse a la extracción de órganos, caso en el que también opera la figura de consentimiento informado sobre los familiares de la persona fallecida.

Es de ese modo que, en la legislación colombiana, tiene prevalencia la voluntad de la persona en vida, dando cumplimiento al Principio Constitucional de Libertad y de los Derechos de Libertad de Conciencia, de Libre Desarrollo de la Personalidad y el de la Libertad de Cultos. En el mismo sentido, el derecho de los familiares de una persona fallecida a manifestar su oposición a la extracción de componentes anatómicos de la misma, se encuentran fundados en el Principio Constitucional de Libertad, y los Derechos a la Libertad de Conciencia y la Libertad de Cultos, que se originan por las relaciones afectivas, emocionales y psicológicas.

Lo anterior quiere decir que, el derecho de los familiares a manifestar su oposición a la extracción y donación de órganos del familiar fallecido tiene un respaldo legal contenido en la Ley 73 de 1988 y en el Decreto Reglamentario 2394 de 2004 y también constitucional, referido a la Libertad de Conciencia, de Religión y Cultos que se cumple a partir de la custodia, conservación y culto del cuerpo del fallecido.

Bajo ese tenor, y teniendo en cuenta que la dignidad y libertad de la persona humana no pueden ser utilizadas ni sacrificadas para alcanzar propósitos colectivos o sociales, por muy altruistas que sean, como en el caso concreto de la donación de órganos, la cual no puede desconocer los Derechos Fundamentales de Libertad, entre ellos, de Conciencia, de Religión y de Cultos, además del Libre Desarrollo de la Personalidad.

De manera que la presunción legal de donación o consentimiento presunto encuentra como límites el respeto a los derechos de los familiares a manifestar su oposición a la extracción de componentes anatómicos de la persona fallecida, siempre que así lo hagan durante las seis horas siguientes a la declaración médica de muerte cerebral o cuanto antes de iniciarse la autopsia médico-legal, probando su calidad de deudos.

Empero, esta disyunción en la norma permite interpretar que, si bien puede haber oposición en el marco de las seis horas siguientes a la declaratoria médica de muerte cerebral, también la necropsia se puede realizar en cualquier momento posterior a la declaratoria de muerte, inclusive antes de las seis horas, lo cual conllevaría a que se presente un impedimento

para el ejercicio del derecho de los familiares a impedir la extracción de órganos, lo que consecuentemente representa la violación de los derechos de los familiares.

Entonces, la Corte decide condicionar la exequibilidad de la expresión demandada, para que se entienda que, en cualquier caso, se deben respetar las seis horas posteriores a la declaración de la muerte cerebral para que se configure la presunción legal de donación, de manera que, en ningún caso, se puede realizar la ablación antes de que se cumpla este término. Igualmente, en lo que respecta a los casos en que se ordene la necropsia por el médico responsable para después del plazo legal, se podrá ampliar el plazo para que los familiares ejerzan su derecho a oponerse al procedimiento hasta antes de la iniciación de la necropsia.

Finalmente, la Corte establece que existe la obligación de informar a los familiares sobre la presunción legal de donación y el derecho que ellos de expresar su oposición a la extracción de componentes anatómicos, para así garantizar el consentimiento informado de los familiares, siendo entonces un requisito *sine qua non* del ejercicio efectivo de las libertades constitucionales. En virtud de lo anterior, el Alto Tribunal decide declarar la exequibilidad condicionada de la norma por los cargos anteriormente señalados.

3.3.4 Identificación de los Puntos Nodales de la Línea Jurisprudencial

<p>¿Pueden los familiares de la persona fallecida decidir sobre la ablación y donación de componentes anatómicos de la misma, cuando la persona en vida no haya expresado su voluntad al respecto?</p>		
<p>Sobre la base del Derecho a la libertad de conciencia y la Libertad de Cultos los familiares tienen el Derecho a decidir sobre la extracción de órganos y componentes anatómicos del cuerpo de la persona fallecida.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Ley 9 de 1979 Art. 540 párrafo 1 ● Ley 73 de 1988 ● T 162 de 1994 M.P. Cifuentes ● T 517 de 1995 M.P. Barrera ● Decreto 2493/04 ● C 933 de 2007 ● Ley 1805 de 2016 	<p>Sobre la base del principio de la solidaridad y la preeminencia dispensada al interés general sobre el particular, opera la llamada presunción legal de donación, habilitando al Estado para extraer, por intermedio de los centros delegados, los órganos y componentes anatómicos del cuerpo de una persona fallecida.</p>

CAPÍTULO 4

La donación de órganos y la dignidad

4.1 Consideraciones Preliminares

4.1.1 La Dignidad como Fundamento Esencial de la Naturaleza Humana

El ser humano, al ser un ser racional y libre, es, desde el inicio de su existencia, titular de un valor inherente e irrenunciable: la dignidad, que resulta ser fundamento para los Derechos Humanos (García-González, *sf.*). En nuestro ordenamiento jurídico colombiano la dignidad constituye un fundamento esencial de la naturaleza humana, el cual se deriva de su íntima relación con el Estado y la categorización que se le otorga a partir de la protección de los Derechos Humanos. Para entender la noción de dignidad, es necesario tener claro el concepto de este valor y cómo se justifica su aplicación y su efectivo desarrollo en la sociedad.

Siendo así, la Dignidad Humana tiene como objetivo la dignificación del ser humano, es decir, reconocer que como ser racional y libre debe ser respetado independientemente de su condición (Restrepo, 2011). En el contexto nacional, Colombia consagra en el Artículo Primero constitucional que:

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista,

fundada en el respeto de la Dignidad Humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, (Constitución Política de Colombia, 1991).

Como se puede ver, Colombia consagra como uno de los pilares del Estado el respeto de la Dignidad Humana. Esto logra representar la relación intrínseca de este valor con el hombre, en el sentido de que lo percibe como epicentro es el ser humano como eje de su propio entendimiento, lo que incluye al ser humano en sí mismo y su interacción con el ambiente, como es el caso de la Filosofía y su rama en Filosofía del Derecho, que permite el estudio del orden normativo positivo mediante la conducta humana en una sociedad determinada, para la cual la dignidad se convierte a su vez en el eje fundamental en la comprensión existente entre las demandas de la moral y lo competente a las regulaciones jurídicas. Ya que, en estas últimas, no hay la posibilidad de un contexto sereno de discusión, sino que hace partícipes conceptos que se dirigen al conocimiento teórico, así como posturas desde diferentes ramas del conocimiento, tanto ontológicas, fenomenológicas, epistemológicas, y valorativas (Restrepo, 2011)

Si bien este escenario que enmarca la Filosofía del Derecho supone nociones de Derecho Positivo, que traducen el actuar legislativo en el contexto de aplicabilidad en la sociedad, como es el caso de los fallos de carácter constitucional. Aduce, además, definiciones concretas de lo que se entiende por *dignidad* a la luz de sus pronunciamientos, así como su efectiva aplicación en las prácticas sociales, que no deja atrás los pronunciamientos del órgano internacional, sino que, por el contrario, los incorpora al contexto del mismo entendimiento nacional, los cuales se basan en el principal documento de protección del Principio de Dignidad que es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual, en su Artículo Primero define: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Así como el pacto de Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos que en su preámbulo establece:

Los Estados Partes en el presente Pacto, considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las

Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, pues no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto” (Pacto de Naciones Unidas sobre los Derechos civiles y políticos, 1966).

Ahora bien, desde la perspectiva de dar el carácter de fundamental al Principio de Dignidad, haciendo mención, según la Real Academia de la Lengua Española RAE, en referencia a su contexto etimológico manifiesta a la *dignidad* como aquella “cualidad de digno”, o aquella “excelencia o realce”, la cual delimita el acervo propio del contexto hacia aquel individuo que connota tal significación, siendo en este caso el protagónico para el ser humano. (RAE, diccionario etimológico, *sf.*)

Aunque, pese a esto, generalmente por la mediación entre moralidad y sistemas jurídicos, no es posible delimitar lo que cada individuo entiende por dignidad en una concepción propia del razonamiento individual, ya que coexisten entre sí pero no se les puede dar un tratamiento de iguales, pues generalmente el sistema jurídico es desarrollado con antelación a la moral infundada de la persona, o por el contrario, la moral que cada individuo poseía ya estaba con unas nociones y fundamentos recalcados antes de la creación del sistema jurídico.

Tal concepción procede, en cuanto la creación de normas que pertenezcan a un sistema organizado intente recrear lo que la sociedad crea

por el concepto de dignidad y aún pese a esto, tal concepto no se unifica en uno solo en virtud de la individualización de cada ser humano y su noción propia de lo que es dignidad arraigado a características que son definidas por la moral.

Más aún, la persistente dificultad y problemática que se presenta para la delimitación del concepto proviene de épocas anteriores a nosotros en las que los grandes pensadores como Aristóteles, la definían como “principio de medida de lo justo”, puesto que ayuda a determinar el equivalente más adecuado desde la igualdad, (Restrepo, 2011)

Entonces, según lo mencionado anteriormente, lo que podría entenderse por la medida justa en cuanto a la aplicación del Principio de Dignidad como base fundante asociándolo a nuestro contexto como un Estado Social de Derecho, donde prevalece la protección de los Derechos Fundamentales y se busca la dignificación del ser humano indiferentemente de las circunstancias, no necesariamente para todos los individuos resulta ser lo mismo, ni en las mismas proporciones, pese a sus condiciones y a su entendimiento del ideal de dignidad.

Con respecto a esto, el ideal de dignidad, trayéndolo a colación en nuestro contexto colombiano podría estar más que relacionado con el Derecho a la Igualdad que todo ser humano posee por su condición.

Devolviéndonos al contexto antiguo, con los grandes pensadores como Cicerón, el termino de igualdad, en sí mismo, es desigual, desde que no se tengan presentes las proporciones adecuadas de dignidad, considerándose, así, como una medida en el entendido de lo igual, mas no de lo justo, partiendo de las diferencias sociales y políticas entre las personas, en cuanto hay unos parámetros que provienen del estatus (Restrepo, 2011).

Concatenando así el ideal que vincula al Principio de Dignidad dentro de la naturaleza misma del ser humano vinculándose a la igualdad, en pocas palabras describe que la dignidad en el ser humano propende a condiciones de igualdad mediante un estado protector de los derechos Fundamentales, como es el caso de Colombia. De ahí que podría decirse que todos los seres humanos poseen una dignidad propia en sí mismos, siempre y cuando su comportamiento moral se los permita en respectiva proporcionalidad con el derecho infundado.

En cuanto a la vinculación del Principio de Dignidad con la Libertad, aparte de su correlación intrínseca, es necesario determinar que el concepto de dignidad en el ser humano no es algo estricto como se había mencionado anteriormente, puesto que el concepto para cada persona reside de manera diferente, en circunstancias distintas, a lo cual no se debería clasificar la Dignidad Humana como un concepto, como si fuera un determinante que sustituya la vacante dentro de un compendio de fenómenos diferentes, ya que, por otro lado, constituye el origen moral del cual todos los Derechos Fundamentales se derivan (Habermas, 2010).

Por otro lado, el término de *libertad*, manifiesta una prelación que inmiscuye la naturaleza del ser humano en un contexto especial por su condición misma, que se basa en un espectro de dignificación ligado a tal condición y que engrandece la existencia del ser humano cuando se le da la condición de tal. Ya que la libertad es una característica que distingue al ser humano, un ser distintivo de los demás seres, ya que no está supeditado a un contexto o forma de vida específica; en otras palabras, la libertad es la que fundamenta la dignidad, dentro de un contexto de exaltación que conlleva la dignidad a un parámetro más alto (Restrepo, 2011).

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado, como garante de la protección de los derechos Fundamentales, en su prospecto de proteccionismo, que enaltece sus condiciones garantistas bajo los fundamentos jurídicos en los que, respecto a los parámetros constitucionales, se compromete a proteger mediante un sistema proteccionista que implica la protección del más débil, el Principio de Dignidad, en quien se constituye como la persona que se enfrenta ante a un imponente sistema que, a comparación de esta, es mucho más grande.

Tal sistema, abarca aquella figura garantista que caracteriza al Estado Social de Derecho, lo cual, para nuestro caso en Colombia, se enmarca desde la Constitución Política. Para Ferrajoli, Garantismo significa aquella acción de establecer mecanismos para la protección de los Derechos y su tutela, frente al poder del Estado el cual está consagrado si bien en la Constitución Política y el cuerpo normativo que esboza tal poderío (Rodríguez, 2010, pág. 81).

Sin embargo, el sistema de garantismo ligado a la concepción del Principio de Dignidad, comprende la necesidad que existe en su efectiva

aplicación a la idea de Principio de Dignidad, asumiendo su prevalencia sobre una esencia propia de la naturaleza humana que lleva consigo un resultado de autonomía, la cual se representa en la posibilidad de expresar una determinación moral que le es propia del ser humano, pues el ser humano es un sujeto que se define desde el interior, superponiendo la condición moral a la física.

Además, tal condición adiciona que la dignidad en sí misma no es instrumento que utilice de medio al ser humano mediante herramienta alguna, pues requiere un carácter de respeto por la naturaleza humana, en la que el ser humano no debería ser un fin, así como tampoco un medio que transcurra a un objetivo lleno de interés, según lo que se mencionó anteriormente respecto a la Declaración de los Derechos Humanos.

La naturaleza del ser humano, entonces, aun cuando no es un aspecto que se pueda delimitar de tal manera como algo tangible o palpable, podría llegar a contraponerse al sentido en el que todos los seres humanos requerimos que se nos favorezca tal condición encajada en un espectro de trato digno, respetuoso, apropiando las condiciones más favorables para proteger la naturaleza del ser humano, pero siempre en pro a la dignificación del mismo.

Hay que mencionar, además, que por el simple hecho de una persona nacer en un Estado que tiene como propósito la protección integral del Derecho a la Vida, el enfoque mismo de dignidad va ligado a este Derecho y es deber de este la protección y prevalencia de todo lo que acarrea el Derecho a la Vida, pues no es solo el simple ejercicio de la acción de nacer, sino, además, nacer en condiciones adecuadas y dignas.

A lo cual, desde cierta perspectiva la *dignidad* es aquella que se posee por el hecho de nacer e involucra un marco de protección subjetiva, dejando así un límite que determina el actuar de los demás y de cada persona como tal en el actuar consigo misma, estableciendo, entonces, un marco de respeto merecido; es poseedora en su condición de digna, a lo que después se podría establecer el ideal de los Derechos Humanos de carácter intrínseco, para que, al final, constituyan la legitimidad del poder estatal para hacerlos efectivos (Restrepo, 2011).

Dicho de otra manera, aun cuando la dignificación del ser humano destaca las características más altruistas de este, existe una necesidad

de proteger lo íntimamente relacionado con la individualización de la persona, en el entendido en que solo en la individualización de la persona, se propende a la protección efectiva de sus derechos como ser único, incomparable, pero, al mismo tiempo, como aquel que desde su propia concepción como ser humano merece que se le protejan todos los derechos de los cuales es favorecido por nacer en un país que se constituye como Estado Social de Derecho.

Resultando que aquella dignificación que se le otorga a la persona por el simple hecho de nacer conlleva a que se le dé el espacio adecuado a tal protección, o bien se pretenda protegiendo aquella esfera individual por ser sujeto digno y, asimismo, el poseedor de la garantía en cuanto a el cumplimiento de todos sus Derechos Fundamentales que el Estado es merecedor de cumplir, consecuente a que la protección de la dignidad de la persona sea el resultado de la medida en torno al actuar de los demás, bien sean los conciudadanos o el Estado mismo.

Esto es, que si el Estado como garante y protector de los Derechos Fundamentales de las personas, mediante sus mecanismos de protección, garantiza su objetivo, tanto por el actuar propio como por el actuar de otros, requiere que se resalte el cumplimiento efectivo del respeto hacia tal dignidad; es su único y último fin como Estado garantista.

Dentro del Estado garantista, la figura de proteccionismo manifiesta los planteamientos teóricos de la importancia que implican los Derechos Fundamentales, ya que sirven como base para que dentro de las constituciones modernas se adentre un peso reorientado para que la política y la democracia, así como los aspectos políticos dimensionen la relevancia de los Derechos como garantías intrínsecas (Rodríguez, 2010).

Así bien, todos entonces tendríamos mediante este sistema garantista la exigencia de respetar la dignidad que corresponde a cada persona por su naturaleza intrínseca, dentro del entorno de los Derechos Fundamentales, tratando a cada sujeto como un fin absoluto, en el contexto de ser merecedor del máximo respeto posible.

Por otro lado, no debe confundirse entonces que el ser humano en su concepción de dignificación, es un fin que lleve a cabo intereses particulares de los agentes del Estado, sino que, como se había dicho anteriormente, el ser humano en su naturaleza misma, hace referencia a que la dignidad que

el Estado está obligado a proteger, va ligada a aquella naturaleza, y que aun cuando se vea menoscabada dependiendo claro de las circunstancias en las que se encuentre el sujeto, jamás podrá ser erradicada del sujeto como tal.

Sin embargo, lo anterior no tiene que malinterpretarse con el hecho de que, si una persona no cree que sea digna de algún Derecho Fundamental, el Estado no está obligado a protegerle, puesto que es un hecho que no se tiene que ganar, a diferencia de que si bien podría llegar a solicitarse. En esta concepción la Dignidad es un bien propio del individuo que todo ser posee por medio de su naturaleza, la cual permite el límite que subyuga la no intromisión de otros en el contexto de humanidad de la persona que cada ser posee por su condición, lo que constituye la legitimidad del Estado, y que permite entonces la facultad de exigirla y de ejercerla (Restrepo, 2011).

Así pues, el individuo debe ser protegido en todos los ámbitos por el Estado, desde aquel concepto más intangible y poco visible que enmarca la concepción de dignidad, hasta la protección material y contundente al Derecho a la Vida, que bien se aprecia en uno de los objetivos base fundante del Estado garante.

En nuestra Constitución Política, desde su preámbulo se enaltece la protección del Derecho a la Vida por medio de un compendio de normas jurídicas que otorgan especial protección emanando el poder otorgado por el pueblo hacia sus representantes Preámbulo. Constitución Política:

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente (Constitución Política de Colombia, 1991)

Esto es, que el ejercicio del poder soberano se realiza siempre en pro de la protección integral, haciendo referencia a un intento de proteger a cabalidad el Derecho a la Vida respecto a lo que se mencionó anteriormente por medio de aquellas características propias del Principio de Dignidad que se describen, asimismo, mediante el Derecho de la Igualdad y a la libertad,

tal como el ordenamiento jurídico internacional también lo describe en sus tratados respectivamente en los preámbulos sucintos.

Tal poder, consagrado en la Constitución, reestablece el principio de soberanía del cual todo Estado es poseedor, pero, siempre y cuando lo ejerza de manera adecuada y lo cumpla para con sus integrantes.

Así las cosas, la protección estatal no solo se ve reflejada en la protección de los Derechos Fundamentales cuando ya se ven vulnerados y se tutelan por los ciudadanos dentro de un marco de actuación activo, sino que además, debe verse reflejada tal protección de manera proactiva como es el caso de la salvaguarda del Principio de Dignidad y la protección efectiva del Derecho a la Vida, otorgado con antelación a todas aquellas personas que hacen parte del Estado desde su magno documento que es la Constitución, y la aplicación en el marco interno nacional de los tratados internacionales, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hasta todos los tratados y convenios que sean ratificados por el Estado Colombiano y aprobados por su congreso respectivamente.

A su vez, la legislación interna, debe prever que estos derechos y su protección sean congruentes con lo pactado a nivel internacional.

Lo dicho hasta aquí supone que, para la efectiva protección del Principio de Dignidad, es necesario que vayan en este consagrados todos Derechos necesarios que ayuden a su efectiva protección; es el caso del derecho a vivir dignamente, así como el de morir dignamente, en los que el Derecho a la Vida y el Derecho a la Muerte llevan un adicional que hace que estos derechos se enaltezcan en su máximo esplendor y se protejan de la mejor manera posible, pues es con el Principio de Dignidad que los derechos se consagran como máximos objetivos a cumplir dentro del Estado Social de Derecho, y dentro de la propia caracterización de la naturaleza inherente al ser humano.

Entonces, la dignidad se desarrolla mediante su prevalencia como un merecimiento de carácter especial, bien sea social, individual o político, en donde los Derechos se convierten en el eje central de lo merecido por quienes aduzcan tal condición, en cuanto los Derechos Humanos sean su parangón dentro de su contexto histórico y materialización (Restrepo, 2011).

En lo que acarrea el Principio de Dignidad, es pertinente su debida interpretación con base en la norma fundante, a lo merecido por parte del individuo, y lo que este percibe por dignidad, siempre que esté en íntima correlación con lo expuesto en la legislación interna.

Dado es el caso en el que una persona en proceso de muerte por causas de adquirir una enfermedad, considere que es digno morir en condiciones distintas a lo que se describe en la legislación colombiana, desde los Derechos Humanos, hasta la norma más especial que se aplique al caso del ciudadano.

Sin embargo, en el ejemplo, aun cuando vemos problemas sucintos de la definición de dignidad de manera particular, cabe la posibilidad de que el legislador actué de manera insuficiente, dejando vacíos normativos, sin prever la gran posibilidad de diferentes situaciones que se pueden presentar por el simple hecho de que el concepto de dignidad aunque puede ser el mismo en la legislación tanto internacional con los tratados, como de manera interna, es diferente en la medida de la medida de que pueden llegar a existir condiciones en las que sea necesario la voluntad de la persona para distinguir de manera personal que es lo que ella entiende por dignidad y como anhela la aplicación a su persona.

De manera que es cierto que todo este proteccionismo al Principio de Dignidad, cabe la posibilidad de vicios normativos por parte del legislador, o situaciones que se contraponen a los textos normativos de nuestro contexto colombiano, aun cuando es deber de la figura del garantismo, tutelar aquellas lagunas, o bien podrían llamarse espacios normativos (Rodríguez, 2010), que no protejan los principios base de nuestro Estado Social de Derecho.

Es, entonces, que cuando pretendemos hablar de Dignidad Humana, no podemos dejar a un lado la posibilidad de los vacíos normativos que pueden llegar a presentarse tratándose de aquel intento de protección de los Derechos Fundamentales, convirtiéndose así en una especie de Derecho Subjetivo que no deja de ser absoluto en cuanto a sus postulados tácitos en la norma, pero sí es variable respecto a su aplicación en el ámbito social, dentro del marco personal de su desarrollo en la persona, así como sí es violación.

Aun cuando el ideal de la persona de lo que se entiende por dignidad para esta sea lo adecuado, y lo que le proteja y garantice el cumplimiento del principio, se entiende que debe adecuarse lo más semejante posible a la norma, ya que es en la norma, en donde el juez se va a basar para hacer cumplir la protección de tal derecho ligado al principio en mención.

Entonces, dada la íntima relación que existe entre lo entendido por dignidad de la persona y la concepción del Estado Social de Derecho, resulta procedente establecer cuál es el contenido ontológico y axiológico atribuido al valor de Dignidad Humana y cuál el mandato jurídico contenido en el principio y, asimismo, qué implicaciones particulares tiene considerar la Dignidad Humana como valor y como principio, [en el entendido que] puede hablarse de dignidad de la persona, en la medida en que se respetan las condiciones propias de la naturaleza del ser humano, su identidad como ser único e irrepetible, su integridad, racionalidad y autonomía, así como los Derechos Fundamentales anexos a esa condición (Velasco, 2013, pág. 14)

4.1.2 La Tutela Jurisdiccional de la Dignidad en el Marco de las Instancias Judiciales

En ejercicio de las facultades otorgadas por el legislador, el juez, quien actúa en papel de funcionario público, es la figura representante de la justicia, el cual, mediante sus pronunciamientos, favorece o desfavorece a las partes intervinientes dentro de un proceso o situación jurídica.

Esta figura, como máximo órgano judicial que imparte la justicia, la cual nosotros diferenciamos dentro de tribunales, juzgados, divisiéndola a lo lejos, no solo es una figura abstracta de la cual nos percatamos cuando estamos en un pleito en la defensa o protección de nuestros derechos, sino que es el compendio de pasos a seguir, aplicación de la norma, que procura la protección de nuestros derechos, teniendo como base las garantías constitucionales que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

Es ahí, donde el proteccionismo del cual se hablaba en el capítulo anterior, hace mención, cuando la figura máxima de aplicación de la norma (el juez), se basa objetivamente en la norma promulgada por el legislativo, quien, a su vez, registra sus promulgaciones en el contexto internacional y su efectiva aplicación a la norma interna, creándose así, una concatenación de procesos favorecidos a un sistema coherente que no se interponga entre

sí por disyuntivas normativas o procesales, a lo cual el juez debe ser el garante a su vez de que la protección del Principio de Dignidad según lo mencionado, ligado al Derecho vulnerado para se proteja y cumpla de manera efectiva.

A lo cual, este concepto es un determinante del Principio de Dignidad, en cuanto posee autonomía es un fin en sí mismo para la protección de los Derechos Humanos, siendo, entonces, que establece unos parámetros base, o bien un conglomerado de facultades y obligaciones propias del individuo frente a los parámetros sociales que el Estado debe reconocer. Siendo, entonces, de donde proceden los demás Derechos Positivos, así como del Derecho mismo, mediante postulados de regulación que enmarcan la convivencia entre los humanos (Restrepo, 2011).

Ahora bien, aparte del juez, otro contribuyente que interviene en la aplicación de aquellas exigencias inalienables es el *legislador*, quien debe hacer efectiva la obligación de reconocer aquellas características propias del principio fundamentador en un marco imperativo, en donde se demuestra su condición aplicable a aquellos derechos que requieren de una especial protección, hablando del Principio de Dignidad.

Pues, si no fuera por el legislador, las autoridades que imparten justicia, como los órganos administrativos de carácter público, así como el juez y otras figuras, se tomarían la justicia por la mano, adecuándola de la manera más idónea posible, pero bajo su propia potestad. Sería entonces ilógico hablar de un país que se basa en la norma para actuar, pues es el legislador quien pone los parámetros y fundamentos normativos para que las demás instancias actúen conforme a la Ley, y no conviertan su capacidad de impartir poder en un imperio auto determinado por cada quien.

Por otro lado, está el papel de la Corte Constitucional, como máximo órgano al respecto de pronunciarse en hechos acaecidos a esta, por medio de la vulneración de los derechos de los ciudadanos, en la que la prevalencia de la protección de los Derechos consagrados en la Constitución, constituye eje fundamental inmiscible con otros ordenamientos jurídicos, pero siempre en pro de la protección de las garantías constitucionales, atribuyendo su especial protección a los principios rectores del objeto del Estado Social de Derecho, siendo en este caso uno de estos el Principio de Dignidad en el ser humano.

La Corte Constitucional entraría a ser otro protagonista de gran importancia en la protección de los Derechos Fundamentales, pues es esta la que vela por la protección de la Constitución Política y su efectiva aplicación.

No existe, entonces, la duda respecto a que la Corte Constitucional tiene una gran relevancia, así como de la guía que esta otorga en los pronunciamientos de su jurisprudencia, aun cuando exista polémica respecto de pronunciamientos que se consideren de carácter anticuado y poco desarrollado por parte de los movimientos sociales y los movimientos de Derechos Humanos (García, Mauricio, Uprimmy, 2004).

Este postulado, hace referencia a la importancia que tiene la Corte para nuestra legislación, y los pronunciamientos que esta ofrece tienen un carácter modificadorio y vinculante que genera así precedentes.

Respeto a la dignidad, la Corte se ha presentado en reiteradas ocasiones, mediante diferentes circunstancias, en casos en los que el Principio de Dignidad va ligado a alguna tutela de algún Derecho Fundamental, siendo, entonces, este el mayor objetivo que tiene la Corte como órgano supremo protector de los postulados establecidos en la Carta Magna.

Para Restrepo, la Corte Constitucional, para resolver asuntos que involucran la Dignidad la define como un atributo inherente al ser humano, así:

La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana (Restrepo, 2011, pág. 12).

Constituye así un marco de especial protección que se deriva del actuar de los anteriores participantes dentro de este proceso como el juez, y el legislador, constituyendo así, el papel de la Corte, que bien podría llamarse un complemento esencial de se refiere en la protección de los Derechos Fundamentales.

No obstante, la Corte, sin dejar atrás sus atribuciones como máximo órgano que vela por las garantías constitucionales que en la Constitución se enmarcan, en lo que acarrea la protección del Principio de Dignidad,

sucinto a todos los derechos que se cuadran en su contexto garantista, debe analizar si la protección a este principio es necesaria según características propias de las normas vulneradas, así como de los derechos vulnerados, diferencias en los casos particulares, ya que a cada persona se le pueden vulnerar los mismos derechos, pero en circunstancias y maneras diferentes por órganos, personas o entidades distintas.

Por consiguiente, tal aplicación de la protección a este principio no podría considerarse en las mismas proporciones como una norma general para los casos en particular, más sin tener en cuenta, por la Corte, parámetros similares que sirvan como ejes base de desarrollo para tal protección.

Ahora bien, dentro de lo que se entiende por la aplicabilidad del Principio de Dignidad, un concepto propio para constituirlo en las condiciones propias del ser humano como sujeto poseedor de derechos, se deriva de aquellas cualidades que poseemos los seres humanos como bien se había mencionado, pues este principio se convierte en la finalidad del Estado, ya que la Corte permite reconocerle el carácter de base fundante a nuestro compendio de normatividad jurídica, el cual no se establece en términos coloquiales por cuales quien los motivos sin pretexto alguno ya que su generalidad se vincula a todos los partícipes (Montero, *sf*).

El hombre es un fin en sí mismo, y su dignidad exige de su auto determinación (CP art 16), así lo ha expresado la Corte en Sentencia T 499 de 1992:

Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida integra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que, al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho (Sentencia T- 499/92)

Constituyendo así un manifiesto supeditado a que no podría desvincularse de la condición propia del ser humano que se deriva de su

naturaleza intrínseca a sus cualidades y condiciones, siendo, pues, aquella facultad propia del ser humano que respecta diferentes nociones para su aplicación.

Habría que decir, también, que la protección que existe en un derecho al ser tutelado, es poner en tela de juicio el tipo de trato que se le está dando, induciendo entonces que la protección del principio a la dignidad debería entonces, comprenderse como una característica propia del deber ser en la aplicación de derechos y deberes para sí y para con los demás, en el entendido en que es recíproco el actuar de aplicación del Principio de Dignidad tanto en el titular de los Derechos como hacia los demás individuos.

Así las cosas, también podría decirse que en proclamación de los pronunciamientos de la Corte, la aplicación de justicia por parte del juez y el régimen jurídico característico del legislador, todos como partícipes de la efectiva aplicabilidad de manera adecuada del Principio de Dignidad frente a los Derechos Fundamentales, manifiesta un poder que genera deberes de parte y parte, tanto de quien los tutela como del partícipe que, de manera anticipada, como es el caso del legislador, del juez, de manera instantánea hablando del juez, y, posteriormente, quien sería la Corte Constitucional se propenda así porque estas instancias judiciales requieran indiferentemente de las circunstancias, una debida aplicación en respeto a la naturaleza intrínseca de la dignidad con el ser humano.

4.1.3 Panorama Normativo con la Antigua y Nueva Reglamentación de la Donación de Órganos respecto a la Dignidad

En Colombia respecto a la donación de órganos, no ha sido muy amplio el auge de esta problemática en nuestra legislación.

En el caso en que la persona no hubiese podido manifestar su voluntad, la legislación colombiana activa la presunción de donación en la que la persona por considerarse ciudadano colombiano, tiene por obligación donar sus órganos en pro de combatir la escasa cantidad de órganos a donar así como los donantes voluntarios, a excepción de que la familia se pronunciara y manifestaran que el causante por causas como las creencias religiosas, intereses morales, éticos, u otros, no hubiera estado de acuerdo con donar sus órganos. Dejando así sin efecto la presunción de donación.

Con esta anterior normatividad, si bien había un marco de respeto hacia el entorno familiar y las condiciones propias de creencias del causante, existía a su vez una generalidad en cuanto a que la mayoría de las personas podían decidir no donar, según el espectro normativo que ofrecía la norma.

Sin embargo, a pesar de que el país cuenta con personal capacitado en el área de trasplantes, actualmente en Colombia hay personas que esperan por un trasplante de órgano en aproximación a 1600 personas, ...a lo cual la problemática presente también tiene dificultad respecto a la disminución que existe en cuanto a trasplantes en Colombia, ya que se evidencia un descenso significativo entre los trasplantes realizados y su comparación con las donaciones obtenidas (Castañeda, Alarcón, Ovalle, Martínez, Gonzalez, Burbano, León, Lopez, Yaya, Lozano, 2014).

Tal afirmación, según estudios realizados, en palabras de los autores, transcribe la problemática que se presentaba con la normatividad anterior de donación de órganos en Colombia desde el año 1988, ya que las donaciones de órganos y los trasplantes de órganos tenían una disminución que era palpable a la hora de la efectividad de la aplicación normativa.

Si bien, con la anterior normatividad había una protección a la voluntad manifiesta de la persona causante y de sus familiares, se evidenciaba que la poca donación de órganos que existía no satisfacía la demanda que pertenece como es sabido a la función del Estado de velar y proteger los Derechos Fundamentales de las personas, que en este caso serían el Derecho a la Vida, y por conexidad el de la salud.

Por otro lado, es necesario determinar los componentes legislativos que acoge la Ley 1805 del 2016 que modifica la legislación anterior en el entendido de la voluntad del donante y de aquellos familiares. Establece que solo procede el uso de órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos, cuando haya existencia del consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación, y asimismo en el Artículo 2°:

se presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el Derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento. Además, que la voluntad de donación expresada en vida por una persona solo

puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares. (Ley 1805, 2016)

De manera que es necesario determinar la importancia de aquella necesidad que se ve vinculada a los familiares, cuando los pacientes en vida no pudieron manifestar su voluntad de no donar por encontrarse en un estado en el cual no pueden exteriorizar su voluntad como lo es el estado vegetativo, desde el aspecto de la Dignidad Humana con relevancia en los preceptos internacionales y los fundamentos constitucionales y, asimismo, establecer la capacidad de protección de derechos que son de carácter fundamental por parte del Estado como garante de los mismos para con los ciudadanos.

No obstante, si bien nuestro Estado como protector de los Derechos Fundamentales y garantes de los mismos, prevé en la Constitución Política en el Artículo 1o.:

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la Dignidad Humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política, 1991)

En la Carta Magna se describen los fines esenciales del Estado que se basan en el Principio de Dignidad Humana, y que implica una concepción de protección de tal principio desde la concepción misma del ser humano, hasta su culminación con la muerte de la persona que es titular de tales Derechos Fundamentales.

Y asimismo, desarrollado en el Artículo 2º:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, Derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas

residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Garantizándose así la efectividad de los principios constitucionales, para el cual, en este caso sería la Dignidad Humana como base fundante de la protección del Estado.

Dicho de otra manera, si el Estado tiene la obligación de velar por la protección del Derecho a la Dignidad Humana, asimismo, debería hacer valer la protección de tener dignidad al momento de fallecer, puesto que es el hecho culminante que se desprendería del Derecho a la Vida, así como también, el Derecho a una Muerte Digna con todos los presupuestos legales.

Y es que:

Para hablar de muerte digna es necesario precisar que la muerte, en sí, tiene un significado diferente en cada persona, dependiendo de la edad, las tradiciones, la cultura, la religión, entre otros; además, es una situación inevitable que cada persona enfrentará tarde o temprano, independientemente de su nivel socioeconómico, cultura, origen, educación, etc. Por desgracia, cada día la aceptación de la muerte como parte inherente de cada uno es menos frecuente. (Gempeler, 2015, pág. 179).

En ese entendido, definir lo que se entiende por muerte digna no es algo que acarrea propiamente términos médicos o científicos, sino que además conlleva a determinar parámetros completamente diferentes por conjuntos, como lo es al ámbito social y cultural, en donde existe un contexto propio respecto a derechos, deberes, familiares, etc.

Es así que el hecho de morir tiene circunstancias más profundas, donde es preciso establecer las mejores condiciones para cuando llega el momento en que la persona fallece, bajo unos parámetros de digno de cuidado, en cuanto al respeto de la voluntad de la persona como un último objetivo que esta pretendía.

En otras palabras, la Dignidad Humana es el derecho que tiene cada ser humano por el hecho de ser persona se ser respetado y valorado como un ser individual y social, según la Declaración Universal de los

Derechos Humanos, así como de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos económicos, sociales y culturales, los cuales reconocen que la dignidad es inherente al ser humano y la base de los Derechos Fundamentales, por lo que se considera según el órgano internacional que la Dignidad Humana puede llegar a fundamentar la construcción de los derechos de la persona, para así llegar a convertirse en un sujeto libre y que en sí mismo es el componente fundamental de una sociedad.

Considerando, que los Estados se constituyen como garantes, alude la noción de que la Dignidad Humana debe estar incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados, en consecuencia, de que de no ser así se aplique el principio de complementariedad y subsidiariedad a los Estados que incumplan sus fines esenciales, que a nuestro caso se definiría en la protección del Derecho a la Dignidad Humana, y a su vez el respeto a una muerte digna.

La problemática que existe actualmente con la normatividad de la donación de órganos y de componentes anatómicos, se basa en el espectro normativo que ofrece el legislador al momento de decidir si se quiere o no donar los órganos de una persona fallecida en Colombia.

Inicialmente la nueva normatividad, la Ley 1805 del 2016, establece que solo se puede aceptar la manifestación de no donar cuando la persona en vida haya dejado constancia escrita ante notaría, a lo cual tiene el deber de radicarlo en el Instituto Nacional de Salud (INS), o también está la opción de manifestar su oposición durante el trámite de afiliación a una EPS. Por lo tanto, la persona debe anticipar su manifestación de no donar antes de fallecer, siendo solamente idónea la persona de quien se van a extraer los órganos la adecuada para decidir.

Al respecto, anteriormente la legislación colombiana permitía que no solo la persona pudiera decidir en cuanto si quería donar órganos o no al momento de fallecer, sino también, los familiares de la persona, los cuales eran el cónyuge no divorciado o separado de cuerpos, los hijos legítimos o naturales, mayores de edad, los padres legítimos o naturales, los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad, los abuelos y nietos, los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado, los parientes afines hasta el segundo grado, los padres adoptantes y los hijos adoptivos que

ocupan el lugar que corresponde a los padres e hijos por naturaleza. Asimismo, aquellas personas que, en ausencia de otras, tengan mayor Derecho dentro del orden señalado, y manifiesten voluntad encontrada según la Ley.

Si bien la actual normatividad favorece a las personas que requieran de donación de órganos para efectos de salud, asimismo, destituye derechos propios y ya establecidos que tenían los familiares con la anterior normatividad, no solo en el aspecto socio cultural dentro de un margen de creencias y comportamientos, sino además en aquellos casos donde la persona por motivos o razones externas no pudiera manifestar su decisión de ser donante o no tal como lo dice la norma.

Por consecuente, la norma no establece un amplio margen en la aplicabilidad de los fundamentos que en ella se expresan, puesto que solamente aduce la obligación de aquella persona que toma la determinación de no querer donar, y asimismo de no querer que se le aplique la presunción legal de donación, para pronunciar su decisión según las características de la Ley.

Sin embargo, el legislador no determino aquellos casos donde la persona no puede manifestar su voluntad de querer o no donar, a sabiendas de que puede morir por encontrarse en condiciones de estado de inconsciencia, vegetativas o en coma, que en lo que se concibe, no podría manifestar su voluntad al no encontrarse consciente, dejando un espacio normativo sin atender, ya que puede ser preponderante para la vulneración de los derechos de la persona que se encuentra en tales condiciones.

Para ello, lo que se pretende analizar es que dadas las condiciones cuando la persona se encuentre bien sea en estado de inconsciencia, vegetativas o en coma, los familiares pueden ser los sujetos idóneos para adquirir tal decisión que la nueva normatividad exige de su capacidad para acceder a la ablación de órganos y posteriormente su donación en aquellos casos en los en que la persona no pueda manifestar su voluntad durante su vida de la manera adecuada.

Desde el contexto internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos, enmarca que todo ser humano posee dignidad, sin discriminación de ningún tipo, como se había mencionado en el capítulo

anterior, constituyendo un valor inmutable e intocable, que no va a depender de circunstancias concretas existenciales, ni subordinarse al juicio de nadie.

Si bien, la declaración manifiesta que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Por lo tanto, asimismo concatenando con el concepto de estado vegetativo de una persona, aquellas personas en estado vegetativo permanente, son seres humanos vivos, y por tanto dignos y titulares de todos los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en virtud del carácter universal de los mismos, por tanto tiene derecho a que se les garantice el goce y la protección de los bienes supremos que son la vida y la Dignidad Humana, presupuestos para los restantes derechos, y a que se les proteja de cualquier tipo de discriminación o de cualquier acto que viole sus Derechos Fundamentales, en virtud de los Artículos 7 y 8 de dicha declaración, los cuales establecen:

Artículo 7: Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

Todo esto, en aplicación del bloque de constitucionalidad al cual está sometido el Estado colombiano, como garante de todos los convenios, pactos o tratados a los que se suscriba.

Entonces, para responder a la pregunta ¿se respeta el Derecho universal a la Dignidad Humana de las personas que se encuentran en estado vegetativo, que les impide manifestar su voluntad frente a la donación de órganos y por lo tanto decide su familia? es necesario un recuento normativo y jurisprudencial sobre la manifestación de voluntad por parte de los familiares del paciente; por lo tanto es aquí donde se pretende evidenciar la

importancia moral y legal que tiene la donación de órganos en Colombia, y su posición frente a la nueva normatividad vigente.

4.2 Planteamiento de la Problemática (Corte Constitucional)

Dentro de la problemática a seguir, a la pregunta **¿se respeta el Derecho universal a la Dignidad Humana de las personas que se encuentran en estado vegetativo, que les impide manifestar su voluntad frente a la donación de órganos y por lo tanto decide su familia?**, hace referencia al contexto que se plantea de manera general en el presente texto, en cuanto a la afectación de la nueva normatividad en la dignidad de decidir si donar o no de una persona por parte de los familiares, acarrea otro escenario jurídico en torno a los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

¿Debería prevalecer la aplicación de la normatividad en la Ley 1805 del 2016 en la presunción legal de donación de órganos, cuando no hay una voluntad manifiesta a donar por parte del causante, o el respeto a la dignidad y Derecho a la salud de la persona en estado vegetativo que no pudo manifestar la decisión de no donar en pro de recibir una muerte digna, ejerciendo los familiares la decisión?

Según el planteamiento de la Corte, el tema circunscrito que se abarcaría es la vulneración del Principio de Dignidad Humana con la aplicación de la nueva normatividad de donación de órganos en Colombia, al no poder el paciente manifestar su voluntad por encontrarse en estado vegetativo.

Dentro del cuestionamiento a resolver, los fundamentos normativos que se tienen por obligación y de efectivo cumplimiento, como en este caso es la Ley 1805 del 2016, aun cuando busca una disminución progresiva al activar la presunción de donación para toda persona (ciudadano colombiano) al no evidenciarse una manifestación de no querer ser donante en vida, y asimismo, estableciendo el condicional principal de solo ser apta la persona fallecida para decidir si quiere ser donante o no después de su fallecimiento, desde una perspectiva garantista afecta el Principio de Dignidad constitucional, violando la norma internacional, convirtiéndose en anticonstitucional.

Tal principio que se consagra en nuestra Constitución colombiana como ya se había mencionado anteriormente, resulta ser el eje central del cual la Corte Constitucional bajo sus pronunciamientos ha manifestado la voluntad de dar por cumplido el objeto dentro de sus funciones, siendo una de estas, velar por los preceptos que dicta la Constitución, que, en nuestro caso, sería el Principio de Dignidad.

Dentro del contexto de esta línea jurisprudencial, nos enfocaremos principalmente en dos paradigmas a los que la Corte se ha enfrentado en el transcurrir de los años con la aplicación tanto de la normatividad antigua respecto a donación de órganos en Colombia, así como la nueva normatividad, basándonos principalmente a si hubo aplicación de la protección al Principio de Dignidad desde un enfoque proteccionista de Derechos Humanos, y, por otro lado, la férrea aplicación de la normatividad, en tanto propende por una mayor actividad de donación de órganos y a su vez desarrolla un contexto de vacío normativo, definiéndose la violación al Principio de Dignidad Humana.

4.3 Línea Jurisprudencial

4.3.1 Punto Arquimédico

La sentencia T 721 de 2017 se ubica como el punto arquimédico de este estudio jurisprudencial, de acuerdo a como se observara más adelante, establece una serie de parámetros constitucionales respecto al espectro de la conexidad, en que se hace especial énfasis en la muerte anticipada o también llamada “eutanasia”, allí se trata como el conjunto de facultades de una persona para ejercer su derecho a la autonomía, en el que puede tener control del proceso de su muerte, imponiendo así límites a terceros en cuanto a las decisiones de los cuidados de su salud.

En términos generales que serán desarrollados posteriormente, la Sentencia analiza el Derecho Fundamental a la muerte digna con base en la jurisprudencia constitucional, que básicamente establece que tiene un carácter fundamental por la íntima relación con la vida, la Dignidad Humana y la autonomía; de manera que, forzar a una persona a que prologue su existencia, cuando no es su deseo y en cambio padece profundos sufrimientos, equivale a un trato cruel e inhumano. No obstante, la falta de regulación sobre este tema representa una barrera para su materialización, por lo que

la Corte refiere que no debe haber distinciones o condicionamientos por razones de edad de los titulares de este derecho. Es en virtud de esto, y los principios de igualdad y no discriminación, defensa del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la efectividad y prioridad absoluta de sus derechos, que titulares del Derecho a la Muerte Digna.

Sumado a esto, la Corte abarca el tema de la agencia oficiosa en la acción de tutela, pues de conforme a los mandatos jurisprudenciales, permite que las personas agencien derechos ajenos, y puede ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus Derechos Fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Así entonces, la Sala refiere que es procedente agenciar derechos ajenos cuando el titular no se encuentra en condiciones para ejercer sus derechos y exigir la protección de los mismos.

4.3.2 Estudio de la Línea Jurisprudencial

Este tema, al igual que los anteriores abordados en esta investigación ha sido poco analizado por la Corte Constitucional, lo que ha desencadenado en que las líneas jurisprudenciales sean de poca extensión y tengan variación gracias al desarrollo legislativo.

En ese entendido, la Sentencia que funge como punto arquimédico es la T 721 de 2017, en la cual, la Corte analiza el caso de una paciente que se encuentra en estado vegetativo permanente, con una enfermedad degenerativa, permanente, irreversible y crónica desde sus dos años y media, que le impedía manifestar su voluntad, vivir sin ayuda y disponer de sus bienes. Esto lleva a la madre a solicitar por medio de derecho de petición a la EPS que se adelanten los trámites para la eutanasia de su hija, no obstante, no recibió respuesta alguna. Lo cual la llevo a instaurar la acción de tutela como agente oficiosa de su hija solicitando el amparo del derecho de su hija a morir dignamente.

Frente a esto, los jueces constitucionales de primera y segunda instancia decidieron negar el amparo, sin embargo, al llegar a revisión a la Corte, esta estudia toda la situación fáctica del tema, donde se establece que ante el estado vegetativo de la hija de la accionante y su imposibilidad de expresar su voluntad, puede operar el consentimiento sustituto de los padres, lo que la lleva a concluir que existe una carencia actual del

objeto por la muerte de la agenciada, pero aun así el deber de las EPS a dar cumplimiento con las disposiciones normativas para permitir la muerte digna de las personas.

En este mismo tenor, se encuentra la Sentencia T 057 de 2015, en la cual la Corte revisa una acción de tutela interpuesta por un ciudadano, que actúa como agente oficioso de su hija de 29 años de edad, la cual se encuentra en estado vegetativo, la tutela es dirigida en contra de la EPS Sanitas y Colsanitas medicina prepagada, porque las mismas se niegan a practicarle el procedimiento de estimación espinal epidural cervical a la agenciada, pese a que este fue ordenado por un médico especialista en neurocirugía, que no se encuentra inscrito a la dicha EPS.

Para determinar si existe vulneración de los derechos de la paciente que se encuentra en estado vegetativo, el Alto Tribunal analiza el tema del estado vegetativo persistente por el que fue diagnosticada la agenciada, para establecer que, de acuerdo a criterios científicos, en principio no hay conciencia de sí mismo o del entorno, también presenta una incapacidad para relacionarse con los demás, y no hay respuestas voluntarias ante estímulos de carácter visual, auditivo o táctil.

Sumado a lo anterior:

no hay seguridad sobre la comprensión del lenguaje o la expresión; la vigilia intermitente se manifiesta por la presencia de los ciclos de sueño y vigilia; hipotalámico suficientemente preservado y tallo cerebral con funciones autónomas para permitir la supervivencia con la atención médica y de enfermería; incontinencia del intestino y la vejiga; y reflejos variables (pupilar, córnea, vestíbulo-ocular, y gag) y reflejos espinales (Sentencia T 057 de 2015).

De ello la Sala discierne que, los pacientes que se encuentran en estado vegetativo, generalmente, no son inmóviles, es decir, pueden mover el tronco o las extremidades someramente. Y teniendo en cuenta que el estado vegetativo persistente, tiene como principal causa los traumatismos craneoencefálicos que pueden ser ocasionados en accidentes de tránsito, trastornos cerebrovasculares, tumores cerebrales, encefalitis isquémico-anóxicas y otros trastornos, es apenas lógico que las personas en este estado no puedan manifestar su voluntad, lo que implica que requiere de personas

cercanas a él, por regla general, sus familiares, que sean legalmente capaces para decidir sobre las condiciones del cuidado de su salud, y la extracción o no de componentes anatómicos.

Con base en lo anterior, sumado a la gran valoración científica sobre el asunto realizada en la Sentencia, la Corte decide revocar las sentencias de primera y segunda instancia y en su lugar conceder el amparo a los derechos constitucionales de la agenciada, y consecuentemente ordenar a la EPS que autorice el trámite para llevar a cabo el tratamiento señalado.

Ascendiendo en esta línea jurisprudencial se tiene Resolución 1216 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social que fija unos presupuestos para la estructuración y funcionamiento de los Comités Científico-Interdisciplinarios para el Derecho a Morir con Dignidad, allí se deja claro en el Artículo 15 Inciso 3 que en el caso en que una persona se encuentre en circunstancias que no le permitan manifestar su voluntad, se puede dar el consentimiento sustituto, únicamente cuando la voluntad del paciente fue manifestada con antelación y consagrada en un documento de voluntad anticipada o testamento vital, para lo cual se requiere de constancia escrita por parte de los familiares.

Por otro lado, está la Sentencia 233 de 2014 donde la Corte estudia la constitucionalidad del proyecto de Ley:

Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida No. 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara, por ser objetado por el Presidente de la República por considerar que contraría la Constitución.

Entre las razones expuestas por el Gobierno, está la consideración de que el proyecto de Ley en cuestión tuvo que ser tramitado como Ley estatutaria, por tratar temas ligados al Derecho a la Vida y muerte digna del enfermo terminal, frente a esto el Congreso refirió que el proyecto no es una regulación a la eutanasia, porque si bien es cierto consagra temas relacionados con el Derecho a la Vida y la Muerte Digna no lo hace de manera integral, por lo que puede ser tramitado por Ley ordinaria.

En virtud de esto, el Alto Tribunal hace un estudio del trámite procedimental que tuvo el proyecto de Ley en el Congreso, determinando que sí existió un vicio de carácter procedimental, que al haber tenido la votación del informe sobre objeciones del Gobierno Nacional configuraba un vicio subsanable, y al ser mayoría absoluta en la votación, el vicio fue subsanado.

Bajo este entendido, la Corte inicia por analizar el concepto de los cuidados paliativos desde la vista doctrinal y el desarrollo jurisprudencial, encontrando que estos son para aquellas personas que por su condición de salud ya no pueden beneficiarse de los tratamientos curativos. Esto incluye asistencia profesional médica, psicológica y espiritual tanto a los enfermos terminales como a sus familiares o personas cercanas, lo anterior, para procurar la tranquilidad y la comodidad del paciente, garantizando su Dignidad Humana.

Por ello, en el caso en concreto donde el proyecto de Ley establece que se entenderá que la muerte de una persona se presenta cuando existe la muerte cerebral, por su condición de irreversible, esto es, debido a la falta de actividad eléctrica en el encéfalo, donde se mantienen las funciones vitales de forma artificial. Esto se diferencia de los estados de coma reversible, verbigracia los estados vegetativos, donde aún existen manifestaciones de actividad encefálica.

Razón por la cual, en el Artículo 4 del proyecto de Ley relativo al deber médico de mantener los órganos en funcionamiento cuando exista muerte cerebral, salvo que el paciente sea donador de componentes anatómicos, la Corte no encuentra aspectos profundos respecto al Derecho a la Vida que deban adelantarse por Ley estatutaria. En su lugar indica que, la disposición de la donación de órganos se hace de acuerdo con la Ley 2493 de 2004, en la cual se indica que para disponer de los componentes anatómicos post mortem requiere de la muerte encefálica del donante y del consentimiento previo del mismo o en su defecto, el de los familiares legalmente capaces.

De modo que, frente al estado vegetativo y su carácter de irreversible, se podrá esperar a que el paciente se recupere y sea capaz de tomar una decisión referente a la donación de órganos, de no ser así, la familia tomará la decisión de la donación de órganos cuando la persona fallezca. Entre

tanto, los familiares pueden manifestar su voluntad en lo concerniente a los cuidados médicos del paciente.

Respecto al tema tratado por la Sala de los Derechos del paciente terminal y el documento de voluntad anticipada, entendido como la expresión de la voluntad de un paciente que decide no ser objeto de tratamientos inútiles desde el punto de vista médico mientras llega su muerte, y que en su lugar, si implican dolores o algún tipo de sufrimientos, de manera que, al tomar esta decisión los pacientes no están renunciando a curarse, por lo tanto, no es sinónimo a un instrumento eutanásico.

Por todo lo anterior, la Corte decide declarar infundadas las objeciones gubernamentales y en su lugar, declara la exequibilidad del proyecto de Ley por los cargos estudiados.

Anterior a este fallo de la Corte, existe la disposición contenida en la Resolución 13437 de 1991 Artículo 5 Numeral 2, que establece que todo paciente tiene Derecho sin restricciones originadas por la raza, sexo, edad, idioma, religión, origen social, posición económica o condición social, a disfrutar de una información completa y clara por parte del médico, adecuada a sus condiciones psicológicas y culturales, sobre la enfermedad que padece, y de sus procedimientos y tratamientos, el pronóstico y riesgos de los mismos. Asimismo, establece el referido Artículo que la titularidad de este Derecho recae sobre los familiares o representantes de los pacientes, cuando estos se encuentren inconscientes o sean menores de edad, dejando siempre constancia escrita de su decisión.

Finalmente, se tiene la Ley 23 de 1981 que establece algunas disposiciones sobre la ética médica, de manera específica, el Artículo 14 consagra que el médico no podrá intervenir quirúrgicamente a personas que no sean mayores de edad, o que se encuentren inconscientes o incapaces mentales sin medie previamente la autorización de sus familiares o representantes legales, salvo que exista una situación con tal urgencia que sea necesaria la intervención inmediata.

4.3.3 Sentencia Hito

Así las cosas, se pudo hallar en la presente línea que la Sentencia Hito es la T 721 de 2017, en la cual la Corte estudia una acción de tutela donde la accionante actúa en representación de su hija diagnosticada con epilepsia

desde que tenía dos años y medio de edad. Como un intento de curarla de este padecimiento, fue intervenida quirúrgicamente, no obstante, posterior a esta intervención la menor quedó con una discapacidad mental absoluta que la inhabilitaba para decidir, subsistir sin asistencia, administrar y disponer de sus bienes.

En esta situación, transcurrieron alrededor de 8 años más sin mejoría alguna en la salud de la menor, razón por la cual los padres decidieron iniciar un proceso de interdicción para la menor, en el cual se declaró la interdicción por discapacidad absoluta de la menor, y se designó a su madre como curadora principal y al padre como suplente.

Ahora bien, los padecimientos degenerativos de la agenciada le han impedido tener una vida digna y a su familia, y más cuando la menor quedó en estado vegetativo, pues esto llevó a la accionante a solicitar en la EPS por medio de un Derecho de petición que se adelantaran los trámites correspondientes para realizar la eutanasia de su hija, no obstante esta entidad no emitió respuesta alguna.

De modo que, la accionante decide interponer la acción de tutela contra la EPS para que se adelanten los trámites requeridos para realizar la eutanasia de su hija, lo que llevó a que el juez constitucional de primera instancia amparara el Derecho Fundamental a la muerte digna de la menor, y ordenó a EPS a adelantar todos los trámites correspondientes para este procedimiento.

Sin embargo, esta Sentencia fue impugnada por la parte accionada, y el juez constitucional de segunda instancia revocó la decisión, porque de acuerdo con el Comité Científico Interdisciplinario la enfermedad de la paciente no está calificada como terminal, y por lo tanto, no se enmarca en los presupuestos jurisprudenciales, ni en lo contenido en la Resolución 1216 de 2015 para iniciar el procedimiento de la eutanasia. Asimismo, manifiesta que no existe certeza del grado de complejidad de la enfermedad que padece la agenciada, ni la manifestación de la voluntad anticipada de la misma de querer morir, ni la madre de la menor ha tramitado el suministro de cuidados paliativos para su hija.

Con este escenario, la Corte plantea como problema jurídico a resolver el determinar si ¿la Empresa Prestadora de Salud vulneró el Derecho a morir dignamente y el de petición, a través del cual pretendía que se iniciaran los

trámites de la eutanasia de la menor? En ese orden de ideas el Alto Tribunal analiza como cuestiones premilitares los requisitos para admisibilidad de la acción de tutela de acuerdo con la jurisprudencia, para pasar a estudiar el tema del Derecho de petición como Derecho y mecanismo para hacer efectivo el catálogo de Derechos.

Posterior a esto, la Sala trata el tema del Derecho Fundamental a la muerte digna en Colombia, el cual cuenta con múltiples dimensiones, dentro de las cuales están el conjunto de facultades que hacen posible que una persona ejerza su autonomía y tenga control del proceso de su muerte, y a su vez impone a terceros límites en lo relacionado con las decisiones del cuidado de su salud.

Es así como para la Corte, el Derecho a la Muerte digna es fundamental por su conexión con la vida, la Dignidad Humana y la autonomía, pues resulta un trato cruel e inhumano obligar a una persona a prolongar su vida cuando no lo quiere y en cambio sufre de graves enfermedades que le producen intensos dolores, teniendo en cuenta que no hay distinciones o condicionamientos por la edad, se requiere de la manifestación de su consentimiento libre, informado e inequívoco, que puede ser también consentimiento sustituto en el caso de los menores.

De tal suerte, cuando las personas se encuentran en estado vegetativo, y *per se* en imposibilidad fáctica de manifestar su voluntad, puede entrar a operar la figura del consentimiento sustituto, que como su nombre lo indica, la familia es quien puede sustituir el consentimiento del que se encuentra en estado vegetativo, teniendo en cuenta lo contenido en la Resolución 1216 de 1015 Artículo 15, esto es, que la voluntad del paciente haya sido manifestada y consagrada en un documento de voluntad anticipada o testamento vital y exigiéndose además, que los familiares dejen constancia escrita de tal voluntad.

Respecto a este último aspecto, la Corte ha estimado que tales requisitos para que se configure el consentimiento sustituto evita que en la práctica se pueda presentar, lo que lleva al Alto Tribunal a revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo del Derecho a morir dignamente de la menor, para en su lugar la carencia actual de objeto de la acción de tutela por la muerte de la menor, y ordenar al Ministerio de

Salud y Protección Social a adecuar las disposiciones del consentimiento sustituto.

4.3.4 Identificación de los Puntos Nodales de la Línea Jurisprudencial

<p>¿Se respeta el derecho universal a la Dignidad Humana de las personas que se encuentran en estado vegetativo, que les impide manifestar su voluntad frente a la donación de órganos y por lo tanto decide su familia?</p>		
<p>Sobre la base del respeto por la Dignidad Humana, el Libre Desarrollo de la Personalidad y el Derecho a la salud de la persona que se encuentra en un estado de salud que le impide manifestar su voluntad, la manifestación de la misma no puede recaer en nadie más.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Ley 23 de 1981 Art. 14 ● Resolución 13437/91 Art. 1 #2 ● C 233 de 2014 M.P. Vargas ● T 057 de 2015 M.P. Sachica ● Resolución 1216/15 ● T 721 de 2017 M.P. Lizarazo 	<p>Sobre la base de la Dignidad Humana, la Libertad de Conciencia y a la Libertad de Cultos debe la familia decidir por la persona que se encuentra en una condición de salud que le impide manifestar su voluntad.</p>

CAPÍTULO 5

La donación de órganos y la igualdad de trato de extranjeros

5.1 Consideraciones Preliminares

5.1.1 Reglas sobre la Legitimación de Derechos de los Extranjeros

Según la Sentencia T-728 de 2016 la Corte Constitucional de Colombia indicó que, en el caso de los extranjeros residentes en Colombia, tienen el mismo derecho que un nacional a recibir un mínimo de atención en aquellos casos donde se evidencia una situación de necesidad y urgencia. Ello con el fin de que sus Derechos Fundamentales se garanticen al tenor del mandato constitucional y de la normatividad internacional.

Por lo tanto los extranjeros que residan en Colombia o que estén de paso por nuestro país tendrán el derecho a acceder no solo a nuestro sistema de salud sino que también accederán al sistema de seguridad social, a lo largo del tiempo nuestro país se ha caracterizado por ser un Estado que brinda un servicio de primera a los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, cabe aclarar que una de las principales razones por la que los extranjeros nos visitan gracias a todos los servicios de salud, desde atención médica particular hasta tratamientos, cirugías o trasplantes.

Según la Sentencia T-314 de 2010 indica la Corte Constitucional de Colombia que las reglas que se han desarrollado mediante jurisprudencia sobre la legitimación por activa respecto a la solicitud realizada por los extranjeros, pueden directamente contar con el amparo constitucional de

sus Derechos Fundamentales por medio de la acción de tutela. Por otra parte, sobre la agencia indicó el alto Tribunal que es procedente si

(i) el agente manifiesta o por lo menos se infiere de la tutela que actúa en tal calidad; (ii) el titular del Derecho es una persona en situación de vulnerabilidad, que por sus condiciones físicas o mentales no pueda ejercer la acción directamente y (iii) el agenciado ha manifestado su voluntad de solicitar el amparo constitucional.

Esta jurisprudencia nos reitera la clase de protección que tienen los extranjeros en nuestro país, ya que autoriza a los extranjeros que residen en el territorio nacional a proteger sus derechos a través de la acción de tutela, cabe aclarar que la acción de tutela para los extranjeros solo procede cuando estos cumplen con unos parámetros específicos de la Ley como lo es el trámite de migración, bastantes jurisprudencias nacionales reiteran que el Derecho a la salud es para todas las personas del territorio nacional sin distinción alguna, por este motivo todos y cada uno de los residentes en el país pueden presentar una acción de tutela para proteger su Derecho Fundamental a la salud cuando este haya sido amenazado o violado.

5.1.2 Tratamiento Jurisprudencial sobre la Igualdad de Trato de los Extranjeros respecto al Derecho a la Salud

A continuación, enunciaremos el parámetro específico para que los extranjeros residentes en Colombia tengan acceso al sistema general de salud son:

Todos los ciudadanos extranjeros tienen la obligación de tener un documento de identidad válido para afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano establece que si se trata de un extranjero con permanencia irregular en el país un documento de identificación válido no es el pasaporte, pues el ciudadano debe regular su situación en el territorio nacional mediante el salvoconducto de permanencia, el cual sí funge como documento válido para la afiliación.

Según la sentencia T-421/17 de la Corte Constitucional de Colombia la nacionalidad en nuestro país es un Derecho Fundamental reconocido en el Artículo 96 de la Constitución Política, así lo ha reiterado el Alto Tribunal en diferentes pronunciamientos. Por ejemplo, en las sentencias C-893 de

2009, C-622 de 2013 y C-451 de 2015 se recordó que la nacionalidad es la relación legal o político-jurídico entre el Estado y el individuo, y como tal es un Derecho Fundamental, por lo que implica: “i) el Derecho a adquirir una nacionalidad; ii) el Derecho a no ser privado de ella; y iii) el Derecho a cambiarla”.

Así las cosas, la Sentencia SU-696 de 2015 concluyó que “el hecho de ser reconocido como nacional permite, además, que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades inherentes a la pertenencia a una comunidad política”. Todo esto confirma la importancia que tiene el Estado colombiano con sus nacionales, a los cuales se les deben garantizar todos los derechos inherentes y estipulados en la Constitución, para que estas personas domiciliadas en el territorio nacional logren el goce de sus derechos.

En este sentido, la Corte ha reiterado en diferentes pronunciamientos las reglas jurisprudenciales que fijan que los extranjeros:

(i) deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos; (ii) tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las Leyes establecidas para todos los residentes en Colombia; (iii) tienen Derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente las relacionadas con asuntos de salud” (T- 314 de 2016). Por lo cual se ve reflejado en el primer Artículo de nuestro primer Artículo de la Constitución en el que se menciona que “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la Dignidad Humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia, Artículo 1).

El Ministerio de relaciones exteriores expresó que para la situación que vive Colombia con lo referente a los extranjeros del vecino país es necesario poner en funcionamiento la Comisión Intersectorial de Migración, que tiene como fin atender las necesidades de la población venezolana en Colombia, esta Comisión funciona por intermedio de 5 mesas de trabajo, una de ellas

es la “Mesa de Trabajo sobre capacidad para atender población venezolana. Conformada por el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, DNP, Ministerio de Hacienda, ICETEX y Coordinada (sic) desde el Ministerio de Relaciones Exteriores (Colombia Nos Une)” (Corte Constitucional, Sentencia T 421 de 2017).

Paralelamente, la Corte Constitucional en Sentencia C 834 de 2007 establece que la seguridad social en Colombia tiene una doble connotación: por un lado, es un Derecho Fundamental por conexidad, con los Derechos a la salud, a la vida digna, a la integridad física y moral, entre otros. Por otra parte, es un servicio público, obligatorio, que puede ser prestado por entidades públicas, que se encuentran bajo control y vigilancia del Estado. Además de que está sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En esta misma Sentencia, se señala que el ordenamiento jurídico colombiano los extranjeros cuentan con los mismos derechos de seguridad social que los ciudadanos colombianos, siempre que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

5.1.3 Tratamiento Normativo sobre la Igualdad de Trato de los Extranjeros respecto al Derecho a la Salud

Los derechos de los extranjeros en Colombia se encuentran consagrados en la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre Derechos Humanos y en la legislación interna. Así lo podemos ver en el Artículo 4 constitucional que menciona la obligación tanto de nacionales como de extranjeros de respetar y obedecer el ordenamiento jurídico y la autoridad; también el Artículo 40 de la Carta Política que le asigna al legislador la tarea de regular la nacionalidad por nacimiento y por adopción; y el Artículo 96 que define a los colombianos por adopción como aquellos extranjeros que adquieren la nacionalidad colombiana tras cumplir con una serie de requisitos.

De igual modo, la Constitución prevé en su Artículo 13 el Derecho de igualdad que tiene los extranjeros frente a los nacionales; en el mismo tenor, el Artículo 36 contiene el Derecho de los extranjeros al asilo político; el Artículo 48 garantiza a el Derecho irrenunciable de todos los ciudadanos a la Seguridad Social; y, el Artículo 49 establece que la atención básica gratuita y obligatoria se garantizar a todos los habitantes.

Por otra parte, entre los tratados internacionales ratificados por Colombia, está la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contiene en su Artículo 1 la obligación de todos los Estados Partes a respetar los Derechos y libertades consagrados allí y a garantizar el pleno ejercicio de los mismos a todos los ciudadanos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, sin hacer ninguna clase de distinción.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos igualmente ratificado por Colombia, en su Artículo 2.1 establece el compromiso de los Estados Partes a respetar y garantizar los Derechos reconocidos en este articulado a todos los ciudadanos que se encuentren en su territorio y estén bajo su jurisdicción.

Asimismo, el Protocolo de San Salvador relativo a los Derechos económicos, sociales y culturales que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 251 de 1997 define el Derecho de la Seguridad Social de esta manera:

1. Toda persona tiene Derecho a la Seguridad Social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el Derecho a la Seguridad Social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto (Protocolo San Salvador).

Paralelamente, la Convención de Derechos del Niño, en su Artículo 2 establece que los Estados Partes tienen la obligación de respetar los Derechos de los niños consagrados en este tratado, a todos aquellos que estén bajo su jurisdicción, sin hacer distinción alguna.

De manera particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva núm. 18 del 17 de septiembre de 2003, sobre “la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, consideró que esta calidad migratoria no puede ser una excusa de los Estados para desconocer los Derechos Humanos de los ciudadanos extranjeros, pues

estos deben ser reconocidos y garantizados sin importar su condición en el país.

Por último, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios, aprobada por Colombia en la Ley 146 de 1994 y declarada exequible en la Sentencia C-106 de 1995 de la Corte Constitucional, consagra dos disposiciones de gran importancia sobre la seguridad social de los trabajadores extranjeros:

Artículo 27: 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma. Artículo 28: Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán Derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios).

5.1.4 Tratamiento Normativo en Ámbito Internacional

El Estado colombiano hace parte del Código Iberoamericano de Seguridad Social (1995), que fue aprobado por la Ley 516 de 1999 y declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-125 de 2000, allí se consagra a la seguridad social como un Derecho inalienable del ser humano.

Asimismo, está el tratado bilateral “Acuerdo sobre seguridad social con Uruguay” suscrito por Colombia y aprobado por medio de la Ley 826 de 2003 y declarado exequible por la Corte Constitucional en la

Sentencia C-279 de 2004, donde se consideró que independientemente del trabajador se reconoce el trato igualatorio respecto a la seguridad social en materia pensional por parte del Estado receptor, con base en el Artículo 13 constitucional.

En esta misma Sentencia, la Corte menciona como instrumentos internacionales que contienen disposiciones relativas a la seguridad social de los ciudadanos extranjeros, los siguientes:

- a. Protocolo sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez de 1991.
- b. Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito (OISS), Ecuador, 1978 -el cual fue ratificado por Colombia el 23 de noviembre de 1981 y pretende ser desarrollado por el Acuerdo en estudio, según sus considerandos.
- c. Declaración Iberoamericana de Seguridad Social de Buenos Aires, de 1972.

No obstante, hay una gran cantidad de disposiciones constitucionales e internacionales que consagran temas de seguridad social como Derecho Fundamental que no pueden desconocer los Estados por cuestiones de origen nacional. Asimismo, los Estados deben respetar el principio de progresividad y el principio *pro homine*, entendido como aplicar la interpretación más favorable sobre la materia.

5.1.5 El Trasplante de Órganos de Extranjeros en Territorio Colombiano

El Instituto Nacional de Salud (INS) en la Sentencia T-728 de 2016 de la Corte Constitucional le refirió al Alto Tribunal que desde la entrada en vigencia de la Ley 1805 de 2016, la prestación del servicio de trasplante de órganos para extranjeros no residentes en el territorio nacional está prohibido, excepto cuando el receptor es el cónyuge o compañero permanente con no menos de dos años de celebrado el matrimonio o de convivencia, familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante.

Esta entidad también le manifestó a la Corte que pese a esta prohibición cuando hay disponibilidad de un órgano y un ciudadano colombiano o extranjero residente no es compatible, el Ministerio de Salud puede autorizar el procedimiento de trasplante a extranjeros no residentes

de manera transitorio, siempre que se demuestre que los componentes anatómicos disponibles logran cubrir la demanda interna.

Sin embargo, el tema de trasplante de órganos a extranjeros involucra dos normas constitucionales, por un lado se encuentra el Artículo 13 referente a la igualdad de todas las personas ante la Ley sin importar su sexo, raza, origen nacional o familiar, etc.; y, por otro, está el Artículo 100, que estipula que los extranjeros gozan de los mismos Derechos civiles con que cuentan los colombianos, sin embargo, por motivos de orden público, se pueden establecer condiciones especiales o no permitir el ejercicio de ciertos derechos civiles a los extranjeros.

Frente a estas normas, la Corte Constitucional en numerosas ocasiones ha planteado la armonización de las dos disposiciones, definiendo que, como bien es cierto el Estado tiene la obligación de garantizar la igualdad de trato a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional o que estén bajo su jurisdicción, sin embargo, esto no significa que cuando se trate de ciudadanos extranjeros no se pueden hacer ciertas diferencias en el ejercicio de algunos derechos, pues se puede plantear un trato diferenciado cuando medie un motivo razonable (Sentencia T 728 de 2016).

La Corte se pronunció al respecto en Sentencia C 768 de 1998, cuando tuvo que estudiar la constitucionalidad parcial del Artículo 50 de la Ley 418 de 1997, y dispuso que si bien el Artículo 13 constitucional establece que entre los criterios sospechosos está el de origen nacional, paralelamente, el Artículo 100 permite la limitación de algunos Derechos y garantías a los extranjeros, cuando medien motivos de orden público. Esto fue reiterado por la Corte Constitucional en las Sentencias T-321 de 2005, C-834 de 2007, T-338 de 2015 y T-314 de 2016, donde se dejó la salvedad que el Estado está autorizado para limitar ciertos Derechos de los extranjeros, siempre que no se vean afectados los Derechos Fundamentales y exigiendo a estos ciudadanos el cumplimiento de los deberes y obligaciones del Estado colombiano.

Teniendo en cuenta esto, en lo que respecta al Derecho Fundamental a la salud, consagrado en los Artículos 48 y 49 de la Carta Política, se tiene que es un servicio de salud obligatorio y el Estado es el encargado de

garantizar a todas las personas el acceso a este, fundado en los principios de la solidaridad, eficacia y universalidad. Este servicio fue reglamentado por la Ley 100 de 1993, en la cual se dispuso que podría ser prestado a través de dos regímenes: (i) régimen subsidiado, para aquellas personas que no tienen capacidad de pago suficiente para cotizar al sistema; y (ii) régimen contributivo, para las personas que tienen ingresos bien sea por motivo de trabajo o pensión.

En el mismo sentido, la Ley 1438 de 2011 fue expedida con el fin de garantizar a todos los ciudadanos que se encuentran en el territorio nacional el acceso a la seguridad social en materia de salud, incluyendo a quienes no se encuentran afiliados al sistema, por medio de las entidades territoriales.

5.2 Planteamiento de la Problemática

Hoy en día con el problema que afrontamos con los extranjeros: la alta demanda de personas que llegan al país, buscando mejores alternativas para sus tratamientos o procedimientos de salud, por lo tanto, Colombia en un acto de solidaridad tiene dos planes específicos para ayudar a las personas del vecino país; el primero de ellos es la vinculación de dichos extranjeros en el sistema de SISBEN, en el cual se puede encontrar gran parte de la población colombiana que no puede acceder a un plan de salud, esto solo demuestra que el Estado, si bien actúa solidariamente, no se ha planteado el gran problema que trae consigo esto y es el colapso del SISBEN, ya que si el sistema no atiende a todos los nacionales por falta de personal, instrumentos o cobertura, ahora con la llegada de los extranjeros la atención médica será más reñida.

Nuestro sistema de salud no es el mejor del mundo ni tiene la mejor cobertura pero es a causa del pobre manejo y falta de atención por parte del estado que se ve reflejado en inconformidades que han tenido miles de colombianos a lo largo de los últimos años, ellos han hecho hasta lo imposible para recibir un poco de atención médica que es primordial para cualquier nacional, por lo tanto no hay Derecho para los colombianos que sin poder ayudar o mejorar el sistema de salud para los nacionales; el estado ya esté implementando dicho sistema para los extranjeros residentes en nuestro país.

5.3 Línea Jurisprudencial sobre la Igualdad en el Acceso al Sistema de Salud de Extranjeros

5.3.1 Punto Arquimédico

Se encuentra como punto arquimédico la Sentencia T 210 de 2018, donde la Corte analiza dos casos con situaciones fácticas semejantes, el primero se trata de una ciudadana venezolana, madre cabeza de familia, que fue diagnosticada con cáncer de cuello uterino en su país, y que ingresó de manera irregular a Colombia en busca de atención médica, esto es, servicios de quimioterapia, medicamentos y tratamientos, no obstante, la entidad prestadora de salud le negó la autorización de dichos servicios, lo que llevó a que esta ciudadana promoviera una acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander –IDS en adelante– por considerar vulnerados sus Derechos a la salud y la vida digna.

El segundo caso, se trata de un ciudadano venezolano que actuando como agente oficioso de su hijo menor de edad, que padece de hernias inguinal y umbilical, promueve una acción de tutela contra la Clínica Puente Barco Los Leones, Imsalud, el HUEM y el IDS por considerar vulnerados los Derechos a la Salud y la Vida Digna de su hijo, en tanto, le fue negado la autorización de la valoración por cirugía pediátrica, a lo que las entidades accionadas respondieron que se le brindó la atención de urgencias al menor, pero que las hernias no representan una urgencia vital que exigen atención médica inmediata.

En ambos casos, se les concedió el amparo en primera instancia pero al llegar a segunda instancia estas decisiones fueron revocadas, por lo que la Corte tiene como problemas jurídicos, determinar si ¿las entidades accionadas vulneraron los Derechos a la igualdad, a la salud, a la vida y a la integridad física de los accionantes al negarse a autorizar y prestar los servicios médicos solicitados?, y en caso afirmativo, ¿la normatividad que regula el estatus migratorio y el acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de los migrantes irregulares vulnera el Derecho a la Igualdad de estas personas?

Por ello, la Sala refiere que la garantía de los Derechos Fundamentales no depende de la condición personal del individuo, sino de su condición de ser humano, es con base en esto que la normatividad colombiana referente a la prestación de servicios de salud consagra que la atención

inicial de urgencias es obligatoria en cualquier IPS del país para todas las personas. En cuanto a la afiliación de los extranjeros al Sistema General de Seguridad Social en Salud se exige de la presentación de un documento de identificación válido, lo que quiere decir que, cuando un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener este documento que le permita su afiliación.

Por lo anterior, la Corte reitera que los migrantes con permanencia irregular en el país tienen Derecho a recibir atención de urgencias cuando sea requerido, hasta tanto se logren afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del Departamento, y en subsidio a la Nación, sin que esto signifique una ampliación del alcance del Derecho a la salud de la que ha planteado el Gobierno Nacional. Aclarando que, para aquellos ciudadanos que no han regularizado su estatus migratorio el Sistema de Seguridad Social en Salud no está prevista una cobertura más allá de la atención de urgencias y de las acciones colectivas de salud con enfoque de salud pública.

Conforme a este análisis, el Alto Tribunal resuelve revocar las sentencias de primera y segunda instancia que negaron el amparo y en su lugar decide, amparar los Derechos de la ciudadana venezolana que padece cáncer, para esto, exige a la entidad accionada que se autoricen los ciclos concomitantes de radioterapia y quimioterapia que le fueron ordenados por el médico tratante. Y en lo que respecta al segundo caso, la Corte decide amparar los Derechos del menor y ordenar a la entidad demandada que autorice la cirugía que le fue ordenada al niño por el médico especialista. Estos costos de atención médica se dispusieron a cargo del Departamento demandado y de ser necesario, en complemento a cargo del Estado.

5.3.2 Estudio de la Línea Jurisprudencial

El acceso al sistema de salud para los extranjeros que se encuentran en el territorio colombiano, se ha convertido en un punto de gran controversia, teniendo en cuenta que la mayoría de las veces, los nacionales que hacen uso del sistema, alegan que estos ocupan el lugar y gastan suministros de medicamentos y material médico que podrían ser destinados a personas nacionales, por esto, nace el interrogante de si los extranjeros tienen igualdad de condiciones con relación a los nacionales al acceso del sistema de salud, para dar desarrollo a este interrogante se debe seguir el lineamiento

al Derecho Fundamental a la salud y la Dignidad Humana, por lo cual se debe establecer si la desigualdad que se genera para este caso en específico, es constitucionalmente permitido.

La línea jurisprudencial del acceso de los extranjeros al sistema de salud en Colombia ha sido analizada por la Corte Constitucional a partir de diferentes puntos, y el pronunciamiento más reciente referente al tema se halla en la Sentencia T 280 de 2018, que como se mencionó anteriormente se ocupa de dos casos de ciudadanos venezolanos que tras la grave crisis que afronta su país, ingresaron a Colombia de forma irregular en busca de atención médica.

Si bien, se les brindó la atención de urgencias, los ciudadanos extranjeros interpusieron una acción de tutela para que se les amparara el Derecho a la salud y se les ordenara a los Centros de Salud la autorización de todos los servicios de salud que requerían, no obstante, ambas Sentencias fueron concedidas en primera instancia, pero revocadas en segunda instancia, lo que llevó a que la Corte en revisión analizara la decisión tomada por los jueces constitucionales.

Así las cosas, la Corte logró determinar que de acuerdo con lo establecido por la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, es deber del Estado brindar una atención de urgencias a todas las personas sin hacer distinción por razones de su raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y sobre todo ahora con la crisis humanitaria que está obligando a un gran número de personas de origen venezolano a trasladarse a Colombia en busca de atención médica. Empero, es necesario que para tener acceso a la completa atención de salud, todas las personas se afilien al Sistema General de Salud.

Siguiendo con esta línea, se tiene la Sentencia T 705 de 2017, donde la Corte Constitucional analiza el caso de una ciudadana venezolana que en representación de su hijo menor interpone una acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, y por vinculación contra el Hospital Universitario Erasmo Meoz, por considerar vulnerados los Derechos Fundamentales a la vida, a la salud y de los niños, en razón a que, su hijo de nacionalidad venezolana y con permanencia irregular en el país, padece de linfoma de Hodgkin y al llegar a Colombia en busca de atención médica solicitaron al centro de salud que se le practicara

una tomografía de cuello, tórax y abdomen con el fin de determinar el tratamiento que debía seguir.

No obstante, en el hospital demandado se le brindó la atención de urgencias y se determinó que el menor tenía una recaída de su patología, lo que provocó su hospitalización desde donde se le realizaron estudios de extensión y manejo especializado, y se estableció tras la valoración por pediatría que el menor requería de manejo por oncología pediátrica ante una IPS que contará con esta especialidad, no obstante, el Instituto de Salud informó que tales tratamientos no se le podían realizar al menor, por cuanto, no se encontraba afiliado al Sistema de Salud, ni contaba con Sisbén.

Teniendo esta situación fáctica, la Corte señala como problema jurídico determinar si ¿El Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander vulneró los Derechos Fundamentales del menor, de nacionalidad venezolana, a la salud, a la vida y de los niños por negarse a realizar el examen médico que requería para que se estableciera los servicios de salud necesarios para tratar la enfermedad que padece? Es por eso, que el Alto Tribunal considera que el Estado colombiano debe prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de cualquier obstáculo, sobre todo a los niños que sufren de alguna discapacidad física o mental, para garantizar el cumplimiento de sus garantías Fundamentales, dejando la protección financiera del sistema en un segundo plano.

Asimismo, trae a colación que los niños deben recibir una atención integral, que incluye todo lo que sea necesario para su recuperación, rehabilitación e integración social, así como los demás servicios que le permitan tener una vida digna. De ahí que, excepcionalmente la atención de urgencias puede incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas, cuando así el médico tratante lo solicite, por su urgencia para evitar poner en riesgo la vida.

Si bien, los costos de atención de urgencia se encuentran a cargo del Departamento, en virtud del principio de subsidiariedad y de la subcuenta destinada a la atención de urgencias en el territorio colombiano a nacionales de países fronterizos, la Nación es la encargada de apoyar a las entidades territoriales cuando esto sea necesario para atender a los extranjeros no residentes. Razón por la cual, la Corte decidió revocar la sentencia de

segunda instancia que había negado en amparo, y en su lugar confirmar la sentencia de primera instancia que amparó los Derechos Fundamentales del menor transitoriamente para que se le autorizará la atención médica necesaria para garantizar su vida.

En el mismo tenor, se cuenta con la Sentencia SU 677 de 2017, en la cual un ciudadano actuando como agente oficioso de su esposa, ambos de nacionalidad venezolanas, promueve una acción de tutela contra el Hospital Estigia, por considerar vulnerados los Derechos a la salud, a la vida digna y la integridad física de su esposa, por la negativa de esta entidad a realizar los controles prenatales y asistir el parto de manera gratuita de su esposa, por su calidad de extranjera con permanencia irregular en el territorio colombiano.

Pero, en el transcurso de la revisión de la Sentencia, se demostró que la hija de la accionante nació y no fue afiliada al Sistema de Salud colombiano, ni registrada después de su nacimiento por la Registraduría Nacional del Estado Civil, razón por la cual la Corte señala que, procurando proteger los Derechos Fundamentales, posiblemente amenazados o vulnerados, puede fallar extra y ultra petita.

De manera que, la Corte consideró la existencia de una transformación en el caso de carencia actual de objeto por hecho superado, referente a la pretensión original de la acción de tutela, porque si bien se constató la hija de la accionante nació no ha tenido atención médica por su condición de extranjeros con permanencia irregular en el país. Esto lleva al Alto Tribunal a analizar el marco legal migratorio en Colombia, los Derechos de los extranjeros y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico colombiano, donde señala que, si bien se requiere solucionar su situación migratoria para afiliarse al Sistema de Salud, entre tanto no se les puede negar la atención de urgencias.

Es así como llega al tema de la protección de los extranjeros con permanencia irregular país, en el contexto de una crisis humanitaria causada por una migración masiva presente desde los primeros meses del año 2015 y que se mantiene en la actualidad, donde se logra evidenciar que la respuesta del Estado colombiano ha sido garantizar a los extranjeros con permanencia irregular en el país que no cuentan con recursos económicos, la atención básica en salud, para así evitar el incremento de gastos en el

sistema, prevenir los casos de urgencias y garantizar la atención de todos los que se encuentren en situación de urgencias.

De modo que, considerando la prelación de los derechos de los menores en el ordenamiento jurídico colombiano, la Sala considera que en el caso concreto, a pesar de que el embarazo no está catalogado como una urgencia, la accionante si requería de atención urgente, por cuando, su salud se encontraba en alto riesgo por las consecuencias físicas y psicológicas que el proceso de embarazo acarrea, sumado al proceso de migración masiva irregular. Así como también la menor recién nacida, requería de una atención urgente, para garantizar que su salud y su vida.

Por lo tanto, la Corte encontró que la entidad accionada sí vulneró los Derechos de la madre y de la menor, por no prestar la atención de urgencias requerida, y por incumplir su deber a afiliarla al Sistema General de Seguridad Social, igualmente la Registraduría que registró a la menor tres meses después de su nacimiento también vulneró los derechos de la menor, lo que lleva a advertir a estas entidades a que tengan en cuenta las reglas expuestas en esta Sentencia para casos análogos futuros.

Avanzando en la línea jurisprudencial, se tiene la Sentencia T 421 de 2017, en la que la Corte Constitucional analiza el caso de un ciudadano de nacionalidad venezolana, con padre colombiano, que reside en el país y que no cuenta con acceso al Sistema General de Seguridad Social por la falta de registro de nacimiento extemporáneo que le permitiría cumplir con los requisitos para la afiliación a una Empresa Promotora de Salud subsidiada, razón por la cual interpone una acción de tutela contra la Registraduría Distrital de Barranquilla por la vulneración de los Derechos Fundamentales a la nacionalidad, personalidad jurídica, Dignidad Humana y salud.

Por ello, la Corte plantea como problema jurídico, determinar si la ¿La Registraduría Distrital de Barranquilla vulneró los derechos incoados por el accionan al negarse a expedir el registro civil de nacimiento extemporáneo por no allegar los documentos exigidos para el trámite debidamente apostillados por las autoridades venezolanas? De ahí que, reitero en sus consideraciones el Derecho que tienen todas las personas que se están en el territorio colombiano al mínimo vital, esto es, a recibir por parte del Estado una atención básica por cuando por extrema necesidad y urgencia

se requiera, para satisfacer sus necesidades más elementales y primarias, dando cumplimiento a la Dignidad Humana.

Así las cosas, la Sala manifiesta que es inaceptable que las autoridades por medio de trabas de carácter procedimental impidan las garantías constitucionales de los ciudadanos extranjeros en Colombia, y sobre todo si, como en el caso en concreto, el accionante se encuentra en una situación que puede desencadenar en un perjuicio irremediable si no se actúa de manera inmediata, pues el hecho de no poder expedir su registro civil extemporáneo le impide tanto acceder al servicio de salud como ejercer sus Derechos Fundamentales a la nacionalidad y personalidad jurídica, de la cual penden diferentes prestaciones y garantías reservadas a los nacionales colombianos. Lo que motiva a la Corte para conceder la protección a los Derechos Fundamentales incoados por el accionante.

Asimismo, se tiene la Sentencia T 728 de 2016, donde un ciudadano hondureño, actuando por medio de un apoderado instauró una acción de tutela contra la Entidad Prestadora de Salud Cafesalud, la Fundación Cardioinfantil y el Instituto Nacional de Salud por la supuesta vulneración a los Derechos de la Igualdad, la Salud y la Vida Digna, tras no incluirlo en la lista de espera de trasplante hepático por su condición de extranjero no residente. De manera que solicita la protección de los Derechos señalados y que sea, entonces, incluido en la lista de espera de trasplante de órganos.

Frente a este caso, los jueces de primera y segunda instancia decidieron no conceder el amparo por la existencia de una prohibición legal referente a la inclusión de estos ciudadanos en la lista de trasplante de órganos, lo que llevó a la Corte Constitucional a plantar como problema jurídico, determinar si las entidades accionadas vulneraron los Derechos a la igualdad, salud y vida digna del ciudadano hondureño, por no incluirlo en la lista de espera para un trasplante hepático por su condición de extranjero no residente en Colombia.

De ahí que, la Corte entre sus consideraciones indicara que, los extranjeros no residentes en el territorio nacional tienen derecho a recibir una atención básica cuando se encuentren en situación de necesidad y urgencia, para así garantizar la protección de sus Derechos Fundamentales. Empero, cuando ciudadanos extranjeros tomen la decisión de establecerse

en Colombia, podrán hacerlo sin restricción al Sistema General de Seguridad Social en Salud, siempre que cumplan con las condiciones legales para ello.

Por tanto, en el caso objeto de revisión, la Corte encuentra que no hay vulneración a los Derechos a la igualdad, salud y vida digna, toda vez que la negativa de las entidades a inscribirlo en la lista de espera para trasplante de órganos, se debe a que en dicha lista existen nacionales colombianos y extranjeros residentes que, esperando la prestación de este servicio, que, por naturaleza de su objeto, es escaso. Con base en esto, la Sala decide confirmar las sentencias de primera y segunda instancia que resolvieron negar el amparo de la tutela.

Como caso anterior a este fallo, se encuentra la Sentencia T 314 de 2016, donde la Corte revisa una acción de tutela interpuesta por una ciudadana colombiana, agente oficiosa de su esposo de nacionalidad argentina contra el Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá D.C. debido a que considera que estas entidades vulneraron el Derecho a la salud del agenciado al negarse a entregarle los medicamentos y realizarle los tratamientos ordenados por el médico tratante, con Derecho a recobro. Sin embargo, los jueces constitucionales de primera y segunda instancia negaron el amparo.

Lo anterior, llevó a que el Alto Tribunal se planteara como problema jurídico establecer si ¿las entidades accionadas vulneraron el Derecho Fundamental a la salud, del accionante por negarse a entregarle los medicamentos y a realizarle los tratamientos ordenados por el médico tratante, por su calidad de extranjero irregular?, para resolver esta pregunta, la Corte entra a considerar que los extranjeros son titulares del Derecho a la atención básica brindada por el Estado colombiano cuando se encuentren en casos de urgencia, para garantizar la satisfacción a sus necesidades básicas, especialmente cuando se trate de temas de salud, lo que de manera correlacionada genera el deber de los extranjeros a cumplir con el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, cuando un extranjero tiene pertenencia irregular en el territorio colombiano está en la obligación de regular su situación de permanencia en el país para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud con un documento válido para este procedimiento, por lo cual, en el caso en concreto, el ciudadano argentino debe regular su situación de

permanencia para con ello afiliarse a este Sistema. Lo que lleva a la Corte a decidir confirmar los fallos de primera y segunda instancia y negar el amparo de los Derechos incoados en la acción de tutela.

Como antecedente a esta Sentencia, se tiene el caso T 1088 de 2012, en el que un ciudadano brasileño que padece de cirrosis hepática alcohólica, con complicaciones de “ascitis, encefalopatías, peritonitis bacteriana y hemocromatosis” por su enfermedad (Corte Constitucional, Sentencia T 1088 de 2012), se trasladó a Medellín para solicitar ser beneficiario del trasplante hepático que requería al Hospital San Vicente de Paúl, porque las lista de espera para trasplante en su país son muy extensas y la donación muy poca, no obstante, esta entidad niega la solicitud porque existen en la lista de espera ciudadanos nacionales y extranjeros residentes.

Por ello, este extranjero no residente interpone una acción de tutela contra la entidad prestadora de salud mencionada por considerar que vulnerados sus Derechos a la igualdad, a la salud y a la vida digna por negarse a inscribirlo en las listas de espera para el trasplante de hígado que necesita. Con esta situación fáctica, el juez de primera instancia constitucional resuelve no amparar los derechos mencionados, fallo que fue revocado y en su lugar, el juez de segunda instancia decidió tutelar los derechos incoados.

Frente a este, la Corte plantea como problema jurídico determinar si ¿las entidades accionadas vulneraron los Derechos Fundamentales a la igualdad, a la salud y a la vida digna del ciudadano brasileño no residente por negarse a incluirlo en las listas de espera de trasplante hepático su calidad de extranjero no residente en el territorio colombiano?, para dar solución a esto, entra a considerar que el Derecho a la Igualdad no opera en todos los casos del mismo modo para nacionales y para extranjeros, esta distinción exige que las autoridades determinen el tratamiento que se debe tener con los ciudadanos extranjeros en un escenario específico.

Empero, para la prestación de servicios de trasplante de órganos a extranjeros no residentes se debe tener en cuenta que se puede realizar, si y solo si no hay ciudadanos nacionales o extranjeros residentes en las listas de esperas a nivel nacional o regional, teniendo claro que para la asignación de los componentes anatómicos se evalúan los criterios técnicos-científicos, entre ellos, el turno en la lista y el estado de salud del receptor.

Asimismo, es deber del Estado colombiano con base en el principio de solidaridad prestar el servicio de salud a extranjeros no residentes cuando estos se encuentren en situaciones que sean imprevisibles e irresistibles, pues si bien, por regla general, le corresponde al Estado de la nacionalidad del extranjero garantizar el cumplimiento del derecho a la salud de este, hay que tenerse presente que el paciente no elige a que país asignarle la carga de su enfermedad.

Bajo ese entendido, es legítimo el tratamiento diferenciado que consagra el ordenamiento jurídico entre los pacientes nacionales y extranjeros residentes y los pacientes extranjeros no residentes. Con base en ello, la Corte decide revocar el fallo de segunda instancia, y negar el amparo de los Derechos Fundamentales demandados por el accionante.

Siguiendo dentro de esta línea, se cuenta con la Sentencia T 269 de 2008, en la que una ciudadana ecuatoriana, que padece cirrosis y que requiere un trasplante hepático, se inscribe en el programa de trasplante del Hospital Pablo Tobón Uribe, no obstante, esta entidad en virtud del Artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, decide condicionar el servicio requerido, lo cual lleva a esta la ciudadana extranjera a interponer una acción de tutela contra la entidad prestadora de salud por la vulneración de sus Derechos Fundamentales a la vida y a la igualdad, y solicita al juez de tutela que le ordene al Hospital accionado no condicione su trasplante de hígado a la inexistencia de nacionales o extranjeros residentes en las listas de espera.

Frente a este caso, el juez de primera instancia decide amparar los derechos de la accionante, pero en segunda instancia el juez constitucional decide revocar la Sentencia y en su lugar, negar el amparo a los derechos incoados por considerar que existe una prohibición legal para esta prestación en materia de salud. Lo cual lleva a la Corte Constitucional a fijar como problema jurídico ¿existió violación al Derecho Fundamental de la accionante a la vida y a la igualdad por parte del Hospital Pablo Tobón Uribe al condicionar su inclusión a la lista de espera de trasplante hepático?

Para resolver esto, la Corte hace hincapié en que los sujetos de protección del Estado no lo son por virtud del vínculo político existente sino por ser personas, bien sean naturales o jurídicas. Esto por cuanto los derechos subjetivos merecen amparo para todos los individuos, que no

depende de la nacionalidad, de acuerdo a como lo establece el principio de igualdad, contenido en los fines esenciales del Estado.

Si bien es cierto existe un sistema de turnos, que se basa en la racionalización del servicio, el cual resuelve a través del criterio del tiempo para evitar problemas de igualdad. En el caso objeto de estudio, se hace necesario la existencia de un trato diferenciado fundamentado en la justificación objetiva y razonable de la proximidad de la muerte de la accionante, que exige que la aplicación del Derecho a la Igualdad no sea horizontal.

Por lo tanto, sin negar la validez de la norma reglamentaria en la materia, la aplicación impasible del Artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 llevaría a ignorar la urgencia del que se encuentra en la lista en un turno posterior, vulnerando los Derechos constitucionales de la salud, que son conexos con el Derecho a la Vida y la Dignidad Humana.

Es en razón a ello que, la Corte decide revocar el fallo de segunda instancia que negó la protección de los derechos incoados, y en su lugar, conceder la protección de los Derechos Fundamentales de la accionante y ordenar al Hospital accionado que adelante los trámites necesarios para que le sea realizado el trasplante a la ciudadana ecuatoriana.

Finalmente, se tiene como Sentencia fundadora de línea la C 834 de 2007, en la cual dos ciudadanas por medio de la acción de inconstitucionalidad solicitan a la Corte que sea declarada la inexecutable de la expresión “los colombianos” del Artículo 1 de la Ley 789 de 2002, por cuanto, contraria los Artículo 13, 24 y 48 de la Carta Política al establecer una discriminación a las personas por cuestión de su origen nacional, impidiendo que los extranjeros gocen del Derecho a la seguridad social.

Para contextualizar, se transcribe el Artículo demandado en esta ocasión:

Artículo 1°. Sistema de Protección Social. El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los

más desprotegidos. Para obtener como mínimo el Derecho a: la salud, la pensión y al trabajo.

(...) En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos.

Así las cosas, la Corte planea como problema jurídico, determinar si ¿el legislador incidió en una inconstitucionalidad por omisión relativa al desconocer los Derechos de los extranjeros a la igualdad, el trabajo y la seguridad social?, para resolver este cuestionamiento el Alto Tribunal inicia por recordar que la seguridad social en la Constitución colombiana tiene una doble connotación, pues por un lado, es un derecho irrenunciable de todas personas que adquiere su carácter de fundamental cuando por conexidad resultan afectados los Derechos a la vida, la salud, la dignidad de las personas, entre todos. Y, por otro lado, es un servicio público obligatorio, prestado por entidades públicas o privadas, bajo el control y vigilancia del Estado.

Por eso, todas las personas que se encuentran en el territorio colombiano tienen Derecho a un mínimo vital, en cumplimiento con el Derecho a la Dignidad Humana. Asimismo, todas las personas tienen derecho a recibir una atención mínima por parte del Estado cuando por casos de extrema necesidad y urgencia así lo requieran para satisfacer sus necesidades más elementales se encuentren en situación de extrema necesidad y urgencia, para atender sus necesidades más elementales y primarias. De ahí que, el legislador no esté facultado para limitar el goce de los Derechos Fundamentales de los extranjeros, como tampoco lo está para restringir el acceso de estos ciudadanos a prestaciones mínimas, sobre todo, cuando se trata de salud.

De modo que, la norma demandada no resulta discriminatoria, porque la expresión “los colombianos” no se traduce en toda la Ley a tratos discriminatorios o contrarios al Derecho del Derecho o de Seguridad Social de los ciudadanos extranjeros. En el mismo tenor, la norma no es un permiso para no aplicar el mínimo vital de la que es titular toda persona; la disposición tampoco le impide a los ciudadanos extranjeros a afiliarse al Sistema General de Seguridad Social. En virtud de esto, la Corte encuentra que la disposición demandada es exequible por los cargos demandados.

5.3.3 Sentencia Hito

En referencia con cómo se refirió anteriormente con la Sentencia T 210 del 2018, la Corte cita los Artículos 48 y 49 constitucionales que establecen que la salud es un servicio público obligatorio a nombre del Estado fundado en los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, cuya prestación debe asegurarse a todas las personas, esto con base en que las disposiciones citadas hacen parte de la gama de Derechos Fundamentales. Así las cosas, con la leída sistemáticamente con el Artículo 13 de la Constitución, el Derecho a la salud debe ser garantizado a “aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.

Es así, como la Corte logra sostener que de acuerdo a la Carta Política el Derecho a la salud es fundamental y autónomo, asimismo, en el bloque de constitucionalidad, y el desarrollo normativo del Sistema Nacional de Salud. Trayendo a colación, las disposiciones del Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales el Derecho a la Salud “es el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. A partir de esta disposición, la Observación General 14 del año 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que una de las obligaciones básicas que tienen los Estados con relación al Derecho a la salud, es asegurar la atención primaria básica de la salud.

Por otro lado, la Corte en esta Sentencia, reitera que la atención de urgencias hace parte del Sistema de Salud colombiano, por lo que, conforme a la normativa que regula prestación de los servicios de salud la ‘atención inicial de urgencias’ es obligatoria en cualquier IPS del país como una garantía fundamental de todas las personas. En este sentido, el Artículo 168 de la Ley 100 de 1993, reiterado por el Artículo 67 de la Ley 715 de 2001, señala:

La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en los casos previstos en el

Artículo anterior, o por la Entidad Promotora de Salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento.

PARÁGRAFO. Los procedimientos de cobro y pago, así como las tarifas de estos servicios serán definidos por el gobierno nacional, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

A su vez, el Parágrafo del Artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 dispone expresamente:

Parágrafo. Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato.

Es por esto, que esta Sentencia reviste de gran relevancia para el acceso a la salud de los extranjeros en Colombia, pues reitera la obligación del Estado de prestar al menos la atención de urgencias a todas las personas que así lo requieran, para dar cumplimiento con el Derecho a la Vida, a la salud, al mínimo vital y esencialmente a la Dignidad Humana. No obstante, para acceder a la completa atención médica se requiere la afiliación de todas las personas al Sistema de Salud colombiano, bien sea subsidiado o contribuyente.

5.3.4 Identificación de los Puntos Nodales de la Línea Jurisprudencial

<p>¿Los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional tienen igualdad de condiciones que los nacionales con relación al acceso del sistema de salud?</p>		
<p>Es deber del Estado brindar el completo acceso al sistema de salud de todas las personas que se encuentren en el territorio nacional sin importar su nacionalidad para dar cumplimiento con los principios a la solidaridad, dignidad e igualdad.</p>	<p>C834/07 M.P. Sierra</p>	<p>Es deber del Estado brindar solo la atención de urgencias en el sistema de salud a las personas que sin importar su nacionalidad, en aras de atender sus necesidades primarias, para garantizar su mínimo vital y respetar su Dignidad Humana</p>
	<p>T 269/08 M.P. Sierra</p>	
	<p>T 1088/12 M.P. Mendoza</p>	
	<p>Salvamento de Voto M. Palacio</p>	
	<p>T 314/16 M.P. Ortiz</p>	
	<p>T 728/16 M.P. Linares</p>	
	<p>SU 677/17 M.P. Linares</p>	
	<p>Salvamento de Voto M. Ortiz, Reyes y Rojas</p>	
	<p>T 705/17 M.P. Reyes</p>	
	<p>T 210/18 M.P. Ortiz</p>	

Referencias

- Abboud-Castillo, N. & Pérez-Gallardo, L. (1999). Las donaciones de órganos y tejidos. *Status Legal. Revista Cubana de Derecho*, (13) 1, 16-31
- Adriana María Restrepo Ospina. *Acercamiento conceptual a la Dignidad Humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana*. 2011.
- Agón López, J. G. (2016). *Consentimiento informado y responsabilidad médica [Tesis doctoral]*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Álvarez, H. (2007). Consentimiento presunto y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes: un análisis ético. *Revista Chilena de Cirugía*, (59) 3, 244-249
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012). Informe sobre sistemas de donación de órganos en el Derecho Comparado. Recuperado el 2 de octubre de 2018 de: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15473/5/Sistemas%20de%20donacion%20de%20organos%20en%20el%20Derecho%20Comparado_def_v4.pdf
- Castellano-Molera, M. (2008). *Donación y Trasplante de Órganos: Aspectos Éticos*. España. Recuperado el 4 de octubre de 2018 de: https://www.bioeticacs.org/iceb/investigacion/tesina_L_Castellano_DONACION_Y_TRASPLANTE_DE_ORGANOS_2008.pdf
- Chaparro, R. (2017). La presunción de órganos en Colombia: reflexiones para el debate. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 17(2), 92-106.
- Contreras, L. (2011). Donación de órganos: Análisis Ético de la Situación Chilena. *Revista Medicina y Humanidades*. (3)1-2, 76-86
- Detry, O. Van-Deynse, D. Van-Vlierberghe, H. Pirenne, J. (2017). Organ Procurement and Transplantation in Belgium. *Transplant Journal*. 101 (9) 1953-1955
- Deutsches Referenzzentrum für Ethik in the Biowissenschaften (2018). *Organ Transplant: Legal Aspects*. Recuperado el 26 de octubre de 2018 de: <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/legal-aspects>
- Gómez-Aller, Dopico-Jacobo (2010). *Problemas del consentimiento informado por representación*. Madrid: Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid

Referencias

- Eurotransplant (2011). Report of the Legislation within the Eurotransplant región. Recuperado el 25 de octubre de 2018 de: <https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=legislation.pdf>
- Fzrenzalida-Puehna, Hernán (1990). Trasplante de Órganos la Respuesta Legislativa de América Latina. Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, 108 (5-6), 445-454.
- García, Mauricio y Uprimmy, Rodrigo. “Corte Constitucional y emancipación social” en B. de S. Santos y M. García Villegas (eds), Emancipación social y violencia en Colombia, Bogota: Norma 2004.
- Gempeler,-Rueda, Fritz-Eduardo (2015). Derecho a morir dignamente. Bogotá: Universidad Médica. 56 (2) pp. 178-185
- Guerra-García, Y. & Márquez-Cárdenas, A. (2011). Bioética, Trasplante de Órganos y Derecho Penal en Colombia. Revista Principia Iuris (15) 1, 207-224
- Guerra-García, Y. & Vega-Rojas, P. (2012). El impacto social de la donación de órganos en Colombia. Tend. Ret. (17) 1, 105-114
- Habermas, 2010 El concepto de Dignidad Humana y la utopía realista de los Derechos Humanos, Jürgen Habermas, versión impresa ISSN 0185-2450, Diánoia vol.55 no.64 México may. 2010
- Hernández-Reyes, A. (2007). Marco Regulatorio de la Donación de Órganos en México.
- Marinho, S.; Roland-Schramm, F. (2016). Trasplante de Órganos en Brasil y en España: ¿cómo los criterios ético-legales protegen al donante vivo en ambos países? Revista Bioética y Derecho. (38), 55-70
- Mendoza-Bustos, Vady (2012). Tipificación penal de todas formas de compensación en trasplante de componentes anatómicos frente al Libre Desarrollo de la Personalidad. Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada
- Moreno-Guzmán, L. (2013). BioDerecho y Trasplante de Órganos, Muerte Cerebral. Revista IUSTA, (38), 57-80
- Norrie, Kenneth (1985). Human Tissue Transplants: Legal Liability in Different Jurisdictions. Cambridge University Press, no. 3, pp. 442-469
- Organización Mundial de la Salud (2010). Principios Rectores de la OMS Sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos.

Referencias

- Pacto de Naciones Unidas sobre los Derechos civiles y políticos, 1966.
- Pactos de Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos económicos, sociales y culturales.
- RAE, diccionario etimológico, *sf*. Recuperado el 20 de octubre de 2018 de <http://dle.rae.es/?id=DIX5ZXZ>.
- Ramírez-Bustamante, J. (2016). La Problemática de la Obtención de Órganos de Cadáveres. *Univ. Estud. Bogotá* (13), 117-138,
- Ramos-Bispo, I; Carvalho-Lima, J.; Cunha-Oliveira, L. (2016). La donación de órganos: una perspectiva de los estudiantes de enfermería. *Revista bioética*. 24 (2), 386-394.
- República de Argentina, Ley 24.193 de 1993
- República de Argentina, Ley 26.066 de 2005
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 23 de 1981
- República de Colombia, Constitución Política 1886
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 933 de 2007.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, SD12018-2015, Radicación n. 05001 31 03 011 2006 00085 01 del 21 de abril de 2015
- República de Colombia, Decreto 1546 de 1998
- República de Colombia, Decreto 2493 de 2004
- República de Colombia, Instituto Nacional de Salud, Circular 5000-001 del 2010
- República de Colombia, Instituto Nacional de Salud, Circular externa 2-0963 de 2011
- República de Colombia, Instituto Nacional de Salud, Circular externa 2-0971 de 2011
- República de Colombia, Ley 09 de 1979
- República de Colombia, Ley 1805 de 2016
- República de Colombia, Ley 73 de 1988
- República de Colombia, Ley 919 de 2004
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social Resolución 2279 de 2008
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Circular 000007 de 2017

Referencias

- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección social, Garantizar la funcionalidad de los procedimientos de consentimiento informado de 2009
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 3199 de 1998.
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5261 de 1994
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 3200 de 1998.
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 2640 de 2005
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 5108 de 2005
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 2003 de 2014
- República de Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1216 de 2015.
- República de Colombia, Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, Política de Donación De Órganos, Tejidos y Células con fines de Trasplante e Implante de julio de 2012.
- República de Colombia, Secretaria Seccional de Salud y protección Social, Gobernación de Antioquia de 2013
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 571 del 1992.
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C239 del 1997.
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 233 del 2014
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 320 del 2009
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 057 de 2015
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 721 del 2017

Referencias

- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 760 del 2008
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 933 del 2007.
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 560 del 2003.
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 514 del 2006.
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 881 del 2002.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 233 del 9 de abril de 2014
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 834 del 10 de octubre de 2007
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 933 del 14 de mayo de 2007
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU 677 del 15 de noviembre de 2017
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 057 del 12 de febrero de 2015
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 1088 del 12 de diciembre de 2012
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 162 del 24 de marzo de 1994
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 210 del 2 de marzo de 2018
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 269 del 11 de marzo de 2008
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 314 del 17 de junio de 2016
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 421 del 4 de julio de 2017
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 433 del 1 de junio de 2009

- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 517 del 15 de noviembre de 1995
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 705 del 23 de febrero de 2017
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 721 del 12 de diciembre de 2017
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 728 del 16 de diciembre de 2016
- República de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 13437 de 1991.
- Reyes-Acevedo, R. (2005). Ética y trasplantes de órganos: búsqueda continua de lo que es aceptable. *Revista de Investigación Clínica* (57) 2, 177-186
- Rodríguez Ortega, J. (2010). Constitución, democracia y garantismo en los Derechos Humanos.
- Secretaria Distrital de Salud (2012). Política de donación de órganos, tejidos y células con fines de trasplante e implante. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá
- Velasco, Y. La Dignidad Humana Como Valor, Principio Y Derecho En La Jurisprudencia Constitucional Colombiana.



Edición digital
Donación de órganos: casos relevantes en materia constitucional
Abril de 2020
Sincelejo, Sucre, Colombia

Donación de órganos: casos relevantes en materia constitucional

Iván Vargas-Chaves
Mónica Pérez-Trujillo
Sebastián Cabrera-Monguí
Tatiana González-Mendoza
Alexandra Cumbe-Figueroa

En la actualidad, el Derecho tiene que regular temas que en el pasado eran impensables. Esto por los avances científicos y tecnológicos de la sociedad; dichos avances se han visto en diferentes áreas, entre ellas el área de la salud. Este es el caso de la donación y el trasplante de órganos y tejidos anatómicos. Colombia, por su parte, ha sido juiciosa en la regulación de temas relativos a esta materia. Sin embargo, frente a situaciones particulares y debido a vacíos normativos, los encargados de resolver las controversias surgidas en el marco de este procedimiento médico han sido los administradores de justicia, sobre todo las Altas Cortes.

Para esto, el ordenamiento jurídico ha adoptado el concepto de la donación como un procedimiento médico que se lleva a cabo a partir de la disposición de una persona o de su representante legal, de ceder sus componentes anatómicos para trasplante o investigación científica, mientras esté vivo o luego de fallecer (Abboud & Pérez, 1999). Sobre esa base, los órganos y tejidos anatómicos, por su naturaleza, se configuran como componentes que no hacen parte del patrimonio de una persona, y, aunque se extraen del cuerpo vivo o del cadáver, no representan un carácter extrapatrimonial, en tanto no hay empobrecimiento ni enriquecimiento patrimonial respecto al donante o a sus familiares.