Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR AUTORIZACIÓN DE
TRASPLANTE DE ORGANOS EN EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN
COLOMBIA.**

Raquel Better Gil.

**Trabajo de grado presentado para optar al título de en Magister en Derecho con
énfasis en Derecho Administrativo**

Asesora

Prof. Dra. Carolina Bravo Vesga

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho con énfasis en derecho administrativo

Bucaramanga

2017

Tabla de Contenido

	Pag.
Introducción.....	5
1. Responsabilidad por actos administrativos	11
1.1 Responsabilidad por actos administrativos ilícitos.....	11
1.2 Responsabilidad por actos administrativos revocados directamente por la administración	14
1.3 Responsabilidad por actos administrativos lícitos.....	17
2. Responsabilidad por actos jurisdiccionales	23
2.1 Via de hecho judicial	29
2.1.1. Defecto sustantivo	32
3. Normas que integran el bloque de constitucionalidad aplicables al trasplante de órganos y tejidos en extranjeros no residentes en Colombia	37
3.1. La convención americana sobre derechos humanos.....	37
3.2. El pacto internacional de los derechos económicos sociales y culturales	37
3.3. El protocolo de san salvador.....	38
3.4. Declaración de Mar del Plata del 17 de noviembre de 2005	38
3.5. Declaración de Estambul del 2 de mayo de 2008.....	39
3.6. Declaración de Bogotá del 29 de octubre 2009	40
3.7. Declaracion de Madrid 2010	42

4. Normas de orden interno aplicables al trasplante de órganos y tejidos en extranjeros no residentes en Colombia.....	43
5. Jurisprudencia aplicable al trasplante de órganos y tejidos en extranjeros no residentes en Colombia	55
6. La actuación de la administración	69
6.1 Obligación constitucional	72
6.2 Obligación legal.....	75
7. Un daño	88
8. Una relación de causalidad entre la actuación de la administración y el daño.....	93
9. Conclusiones.....	104
Referencias Bibliograficas.....	110

Introducción

La autorización de la inscripción de extranjeros en las listas de espera nacionales, y en consecuencia, el acceso al trasplante de órganos en contravía del ordenamiento jurídico colombiano, por desconocimiento del bloque de constitucionalidad y la normativa internacional de “soft law”, han derivado, en algunos casos, en la deficiente y tardía prestación del mismo servicio a favor de nacionales colombianos o extranjeros residentes.

Lo anterior, debido a la disminución de las posibilidades de estos últimos, quienes encontrándose en condiciones de salud similares a las de los extranjeros que requieren el servicio, han visto incumplida por parte del Estado colombiano la obligación que este asume de garantizar, proteger y satisfacer los derechos fundamentales de todos sus ciudadanos.

En este trabajo se abordan y se analizan los elementos constitutivos de responsabilidad del Estado colombiano por trasplante de órganos en extranjeros, para evidenciar los efectos jurídicos que asumen los nacionales y extranjeros residentes, quienes habiendo cumplido con todas las cargas administrativas y con los criterios técnico científicos previstos en el ordenamiento, para la asignación de órganos, ven insatisfecha la garantía de sus derechos fundamentales, producto de decisiones judiciales y/o administrativas -generalmente irregulares- que autorizan el trasplante de órganos en un extranjero.

Por ende, se analizará desde la argumentación jurídica, partiendo del estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado por expedición de actos administrativos y actos jurisdiccionales, y por consiguiente, de sus formas de reparación. Posteriormente se hará

una descripción de los derechos fundamentales de que toda persona goza, específicamente en materia de trasplante de órganos, de sus garantías de salvaguarda y protección reforzada dentro del ordenamiento jurídico colombiano, como consecuencia de la suprallegalidad.

Y por ultimo se argumentará la existencia de responsabilidad de la administración por los efectos jurídicos que produce su actuación en los nacionales y extranjeros residentes, al autorizar el trasplante de órganos a favor de extranjeros, con desconocimiento de la normatividad, dejando a los nacionales en una situación que de acuerdo con los postulados de un Estado Social de Derecho, no tienen el deber jurídico de soportar, trayendo como consecuencia el deber de reparación en cabeza de la administración.

Elementos de la responsabilidad patrimonial del estado por expedición de actos administrativos y actos jurisdiccionales.

Entre el siglo XIX (1811) y primera parte del siglo XX (1914), fueron los jueces de derecho ordinario o común y en algunos casos el poder ejecutivo y el poder legislativo, quienes controlaron y encausaron el ejercicio de la actividad de la administración, en especial frente a la responsabilidad extracontractual de la misma. (Malagón, 2007 págs. 155 y 156).

Hacia el año 1823, se encontraron disposiciones en las que se reconocía el derecho a una compensación por los daños ocasionados como consecuencia de trabajos públicos (Art. 34 Ley 1 de 1823) al igual que se expidieron normas encaminadas a compensar los daños por los ejércitos en contienda sin que ello significara una obligación de reparar por parte del Estado en principio (Saavedra, 2011 pág. 95). Es hasta el año de 1882 que se tiene

referencia de una sentencia de responsabilidad extracontractual del Estado por parte de la Corte Suprema Federal donde se ordenó tener como saldada y hacer la cancelación en el registro por aplicación legal, del saldo pendiente de una hipoteca, la cual se pagó en un 50%, pero no fue inscrita en el registro oficial de censos (Malagón, 2007 pág. 163).

Bajo el régimen constitucional de 1886 la jurisprudencia colombiana en materia de responsabilidad de la Administración, utilizó algunos elementos tomados del régimen de responsabilidad civil entre particulares (la responsabilidad indirecta: culpa in eligendo e in vigilando, y la responsabilidad directa: fallas en la organización y funcionamiento de un servicio público) y elaboró dos títulos de imputación: Uno subjetivo o de falla del servicio y otro objetivo como el riesgo excepcional y el daño especial.

Para la valoración de la responsabilidad subjetiva, se analizaba si la administración había actuado mal, no había actuado, o lo había hecho, pero tardíamente, todo lo anterior enmarcado en un incumplimiento legal. Frente a la responsabilidad objetiva, se miraba únicamente la lesión o daño que provenía de una actuación lícita de la administración (responsabilidad sin culpa o falta), pero que rompía el equilibrio de las cargas públicas frente al particular afectado, toda vez que la administración se había excedido en las cargas habituales que una persona debía soportar por vivir en sociedad en comparación con los demás (daño especial), o por exponer a ese particular a un riesgo mayor, derivado del ejercicio de actividades peligrosas (riesgo excepcional). (Ramos, 2012 págs. 6,7 y 8).

Con fundamento en el derecho español (artículo 106.2 de la constitución española de 1978), la constitución de 1991 consagró de manera expresa en su artículo 90, la responsabilidad del Estado Colombiano como consecuencia de la producción de daños antijurídicos, por acción u omisión del Estado, toda vez que lo que se buscaba era “no solo

consagrar en el texto constitucional el reconocimiento expreso de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus funcionarios, sino también incorporar los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal”, pasando de la indemnización como un mecanismo sancionatorio a garantizar un menoscabo en el patrimonio de la víctima (Saavedra, 2011 págs. 141, 146 y 169).

Con esto se logra desplazar el reproche de la conducta del agente estatal (dolo o culpa) que ocasiona el daño, para poder imputar responsabilidad a la administración (falla en el servicio), para enfocarse en el daño antijurídico que debe ser reparado a quien lo sufra, independientemente de si hubo falla en el servicio en su producción. En un principio se estableció que la responsabilidad por daño antijurídico era de carácter objetivo, pero a raíz de su evolución jurisprudencial se fue aceptando que el daño antijurídico podía ser el efecto de una causa ilícita como también de una causa lícita. (Ramos, 2012 pág. 11).

“La antijuridicidad no se conecta con el comportamiento o hecho ilícito, sino con los efectos perjudiciales que este provoca en la esfera patrimonial de la víctima. El daño antijurídico no es el producido contra ius, sino sencillamente el realizado non iure o en ausencia de un título jurídico legitimador. Consecuentemente el sistema se dirige, no a sancionar una conducta ilícita, sino simplemente a reparar la lesión injustificadamente sufrida por la víctima, convirtiendo el daño en figura autónoma no referida a derechos o intereses objeto de específica atribución normativa y omnicomprendiva, aglutinante de todo género de menoscabos, sin que esto signifique una extensión descontrolada de la tutela resarcitoria, pues otros límites de

la responsabilidad civil derivan de la exigencia de un nexo causal y de la presencia de un criterio jurídico de imputación”.(Medina, 2005 págs. 101 y 102).

Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico, se requiere de la existencia de un daño a un interés legítimo que la víctima no estaba en la obligación jurídica de soportar, y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público como consecuencia de un hecho, una omisión, una operación administrativa, una ocupación temporal o permanente de un inmueble o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública (art.140 C.P.A.C.A), requisitos estos últimos que habrán de constituirse en los elementos de la responsabilidad estatal.

Gracias a ese concepto de daño antijurídico, se ha hecho posible que se amplíe el ámbito de aplicación de responsabilidad de la administración a diversos campos, como por ejemplo a los perjuicios surgidos de una actividad jurídica como la del Estado regulador, por expedición de actos administrativos inclusive cuando estos últimos están revestidos de legalidad, así como la responsabilidad del Estado por expedición de actos jurisdiccionales.

Hacia el año 1939 la regla general era la irresponsabilidad del Estado frente a la emisión de actos jurisdiccionales (autos y sentencias), excepto en los casos de un individuo condenado por un delito que no había cometido y que así pudo demostrarlo. Pero con posterioridad a la constitución de 1991 y específicamente con la expedición del decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) y del estatuto de la administración de justicia, en sus arts. 65, 66 y 69 de Ley 270 de 1996, de manera expresa consagró que el Estado respondería patrimonialmente por la actuación de sus jueces y por el anormal funcionamiento de la administración de justicia; definió el error jurisdiccional y plasmó la

responsabilidad de la administración por la expedición de una providencia contraria a la ley.

“La responsabilidad del Estado por el hecho de los jueces se inició en Colombia a través de una disposición legal contenida en el código de procedimiento penal que consagró un régimen de indemnización directa para quien fuera. Esta norma fue interpretada inicialmente de manera restringida, en el sentido de exigir el carácter ilegal de la detención de la persona afectada. Posteriormente, el estatuto de la administración de justicia admitió el error jurisdiccional desde una perspectiva exclusivamente subjetiva, lo cual fue avalado por la Corte Constitucional. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha estimado que el derecho a ser indemnizado por un error jurisdiccional debe ser apreciado directamente conforme a los términos del artículo 90 de la Constitución” (Saavedra, 2011 pág. 518).

De las formas de reparación expuestas (por actos administrativos y por actos jurisdiccionales), es claro que la administración no se exime de la responsabilidad de reparar los daños cometidos por la emisión de una decisión legal, toda vez que queda comprometida a la reparación del mismo, siempre que haya un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

1. Responsabilidad por actos administrativos

1.1 Responsabilidad por actos administrativos ilícitos

“Cuando el daño deriva del incumplimiento de alguno de aquellos deberes, la administración ha de repararlo: Los daños que derivan de la infracción de las normas que constriñen a la administración a desenvolver una determinada conducta (actuar de buena fe, resolver el procedimiento en tiempo razonable, acordar una resolución final acordada a derecho) han de ser indemnizados, y el título jurídico que justifica el resarcimiento, no es la culpa, ni el sacrificio, ni, naturalmente el riesgo específico, sino el mero incumplimiento (imputable). La contrariedad jurídica de la actuación administrativa constituye un desvalor tan importante que justifica por sí el surgimiento de la obligación resarcitoria (...) Dicho de otro modo, el incumplimiento (imputable a la administración) de los deberes que conforma la relación jurídica procedimental es exponente de un funcionamiento anormal del servicio público, con el que se explica y justifica la incursión en la responsabilidad administrativa” (Medina, 2005 pág. 227).

De lo anterior se desprende, que la ilegalidad de un acto administrativo surge como consecuencia de un vicio en su validez (conformidad con la constitución, legalidad sustancial, competencia, real y adecuada motivación, observancia de las formalidades, fin legítimo y proporcionalidad de la decisión) que lo hacen contrario al ordenamiento jurídico por un funcionamiento anormal en el ejercicio de la función administrativa.

El ordenamiento jurídico colombiano en su artículo 138 del C.P.A.C.A (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) trae la posibilidad de que “toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño”. Esto significa que el juez podrá reestablecer la situación jurídica individualizada y otorgar la indemnización de perjuicios procedentes, tras la declaratoria de nulidad del acto administrativo causante de los mismos.

Lo anterior supone que es necesaria la declaratoria de nulidad del acto administrativo particular, para que se proceda a restablecer la situación jurídica individualizada con la respectiva reparación por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la ejecución del acto administrativo, ya que si el acto administrativo es legal no podrá ser anulado y por ende no procederá la reparación.

Una vez anulado el acto administrativo, el Juez de la causa habrá de observar tres requisitos para que implique el deber de reparar: el daño antijurídico, la relación de causalidad entre dicho daño y la administración como autora de la decisión para que pueda hacerse la imputación, y la ausencia de alguna causal eximente de responsabilidad.

En estos casos el origen de la controversia jurídica recae sobre la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto, por lo que el medio de control que debe promoverse para buscar la nulidad del acto que afecta un derecho subjetivo y la consecuente indemnización de perjuicios ocasionados al particular, será el de Nulidad y Restablecimiento del derecho consagrado en el art. 138 del CPACA y demás normas concordantes.

“En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que, en las acciones contencioso administrativas de carácter subjetivo, la fuente del daño determina el medio de control procedente para analizar la controversia y, ésta, a su vez, la que establece la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional, de manera que si, por ejemplo, el daño tiene origen en la ilegalidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, para obtener el restablecimiento de los derechos subjetivos y la indemnización de los perjuicios causados, resulta menester emitir pronunciamiento acerca de la nulidad del acto, para efectos de desvirtuar las presunciones de legalidad y de veracidad que reviste y que hacen obligatorio su cumplimiento y obediencia, en los términos del artículo 66 del C.C.A.”.

(Consejo de Estado, No. 76001-23-31-000-1998-01093-01 – 2014).

En este sentido, la responsabilidad derivada de actos administrativos ilegales, por incumplimiento del ejercicio de la función administrativa, constituye la circunstancia que justifica el surgimiento de la obligación indemnizatoria. Así desde el 16 de julio de 1981, bajo el régimen del código de 1941, el Consejo de Estado mediante una sentencia señalaba, que el acto administrativo ilegal, es fuente del deber de indemnizar con fundamento en la simple ilegalidad, reiterando que para obtener su reparación se hace necesario demandar su nulidad, pues de esta manera se destruye la presunción de legalidad que lo ampara (Ruiz, 2010 pág. 212).

1.2 Responsabilidad por actos administrativos revocados directamente por la administración.

En el ordenamiento jurídico colombiano se establece que los actos administrativos que afecten situaciones objetivas o generales, como subjetivas, particulares o concretas, podrán ser revocados directamente por la administración cuando estos sean manifiestamente contrarios a la constitución y la ley; no estén conforme al interés público o atente contra él; o se cause agravio injustificado a una persona (Art.93 C.P.A.C.A.).

Para que proceda dicha revocación, es necesario que exista prueba de que el acto administrativo está inmerso en alguna de las causales de revocación mencionadas. Además, cuando se trate de actos administrativos de contenido particular y concreto se hace necesario el consentimiento previo, expreso y escrito del titular afectado con el acto (Art. 97 C.P.A.C.A.).

Cuando un acto administrativo ilícito que ocasiona unos perjuicios al sujeto o sujetos a los cuales ha de oponerse dicho acto, es revocado directamente por la administración, estos se deben solicitar por el afectado, desde el punto de vista procesal, en el medio de control de Reparación Directa o de Nulidad y Restablecimiento del derecho, atendiendo las 2 posturas que ha venido acogiendo el Consejo de Estado al respecto:

Una primera tesis, acoge la postura que el medio de control indicado para exigir una reparación por los perjuicios causados por el acto administrativo revocado directamente es la reparación directa, ya que el acto revocado desaparece de la vida jurídica y por ende

resulta insignificante que el particular afectado acuda al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho para que se debata la legalidad de un acto que ya no existe.

Otra tesis sostiene que la Reparación Directa no es el mecanismo procesal idóneo para reclamar la reparación de los perjuicios causados, ya que la fuente del daño es un acto administrativo ilegal, cuya ilegalidad debe cuestionarse de manera oportuna a través de la Nulidad y Restablecimiento del derecho. El origen de la controversia es lo que define el tipo de acción judicial que debe promoverse, por ende, al recaer la revocatoria directa sobre un acto administrativo ilegal, no puede cambiar la acción judicial para reclamar los perjuicios.

Sin embargo, los que acogen esta postura también han aceptado la procedencia del medio de control de Reparación directa siempre que se ejercite dentro del término de 4 meses, término de caducidad que corresponde al medio de control de Nulidad y Restablecimiento y no de 2 años, término estipulado para la Reparación Directa.

Aquí interesa precisar que son dos las tesis de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a la procedencia de la acción de reparación directa para reclamar los perjuicios causados por el acto ilegal que la administración revoca directamente. La primera tesis alude a que la acción de reparación directa es procedente porque con la revocatoria directa desaparece del tráfico jurídico el acto administrativo y, por ende, resulta inane que el afectado acuda a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar la legalidad de un acto que, en virtud de la revocatoria, no existe... Como se ve, esa solución acoge una interpretación conforme con la Constitución y garantiza que toda persona obtenga un pronunciamiento de mérito para que se defina si el acto administrativo ilegal revocado generó algún tipo

perjuicio (moral o material). En la segunda tesis, en cambio, la Sección Tercera de esta Corporación ha dicho que la acción de reparación directa no es el mecanismo judicial para reclamar los perjuicios causados por el acto ilegal que es revocado por la propia administración porque la fuente del daño es un acto administrativo, cuya legalidad debe cuestionarse oportunamente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que la revocatoria directa del acto no muta la acción judicial para reclamar tales perjuicios, máxime cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ha caducado... La tesis antes transcrita deja de lado la prevalencia del derecho sustancial y estructura el argumento a partir de que la fuente del daño es la que determina la acción judicial procedente. Es decir, que los perjuicios causados por el acto administrativo, así se haya revocado, deben reclamarse por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mas no por vía de reparación directa.

Empero, en esa misma fecha, esto es, el 13 de mayo de 2009, la Sección Tercera de esta Corporación también aceptó la procedencia de la acción de reparación directa para reclamar ese tipo de perjuicios, siempre que se ejerza en los 4 meses siguientes... Recientemente, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió a esa aparente inconsistencia y se inclinó por la tesis de la procedencia de la acción de reparación directa para reclamar los perjuicios causados por el acto ilegal que es revocado por la administración”. (Consejo de Estado, N° 11001-03-15-000-2014-03055-00 – 2015).

1.3 Responsabilidad por actos administrativos lícitos.

Partiendo de lo planteado en acápite anterior y teniendo en cuenta que para exigir la reparación de perjuicios derivados de actos administrativos ilícitos debe primero declararse por un juez la nulidad de los mismos, ¿Cómo declarar la responsabilidad de la administración sin que haya existido previa anulación del acto administrativo?

Cuando el daño antijurídico se presenta como consecuencia de una actuación administrativa lícita, la reparación del daño se ofrece al margen de todo funcionamiento irregular de la administración. Es decir, se parte del cumplimiento de la función administrativa ejercida legalmente y con fundamento en la idea común de daño, que causa un perjuicio que no es injusto por la forma de su expedición, sino por el efecto reflejo objetivo, porque el titular del bien o derecho subjetivo lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aun cuando el agente estatal que lo ocasione obre dentro del marco de la legalidad.

Para que exista daño este debe ser antijurídico, por ende, para que, de un acto administrativo ajustado a derecho se pueda derivar responsabilidad para la administración se requiere que no existiese el deber legal de soportarlo, independiente de que la actuación de la administración sea lícita o ilícita. Allí es donde está el fundamento de la responsabilidad objetiva, porque de no ser así, se estaría predicando que solo existiría responsabilidad cuando el acto causante del daño es ilegal, es decir cuando la prestación del servicio ha funcionado anormalmente (Blanco, 1981 pág. 203).

Como se ha mencionado, el ordenamiento jurídico español ha servido como fuente del constituyente y el legislador colombiano, para ayudar a resolver el problema que se

planteaba con anterioridad a la constitución del 91, ante la insuficiencia de la llamada “falla del servicio público” para imputar la responsabilidad a la administración en aquellas circunstancias en las que se advertía un daño como consecuencia de la actuación lícita de la misma , pues en este concepto no se podían enmarcar las actuales formas en las que se presenta hoy la responsabilidad patrimonial del Estado, como por ejemplo la “responsabilidad por daño especial”.

En el caso español se parte de una concepción objetiva de la responsabilidad y centra la clave en la existencia o no del daño, concebido como antijurídico que el particular no tiene el deber de soportar. Por ende, es irrelevante la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que causa el daño, sino que se limita a reconducir la exigencia de responsabilidad a la idea de lesión. Para que exista responsabilidad se exigen solo 2 condiciones: Que los perjuicios o daños hayan sido causados por la actuación de los órganos de gobierno o sus agentes y que exista un daño efectivo, material e individualizado. Si se han producido daños que reúnan ciertos caracteres y estos daños han sido causados por la actuación de los órganos del Estado, estos quedan obligados a indemnizarlos, y no hay más que probar que los caracteres del daño y el hecho causal entre estos y la actuación de la administración (Blanco, 1981 pág. 199).

En el ordenamiento jurídico referido en el párrafo anterior, se observa que los requisitos mencionados son los mismos exigidos para la existencia de responsabilidad en caso de actuación material de la administración (por hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupación temporal o permanente de un inmueble), lo que lleva a concluir que no hay diferencia entre esta última y la responsabilidad por actos administrativos lícitos

o ilícitos. Por ende, si se cumplen los mencionados requisitos debe declararse la responsabilidad de la administración.

Pero esa declaración de responsabilidad y posterior indemnización por daños y perjuicios desde el punto de vista procedimental debe ser reclamada por el particular afectado por vía administrativa. Esto produce un nuevo acto administrativo que acepta o desestima las pretensiones indemnizatorias y este último es el que puede ser sometido a un nuevo proceso judicial de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se anule el acto primero y se condene a reparar los perjuicios de forma subsiguiente.

En los casos en que el daño causado lo sea por un acto administrativo ilegal, caben dos vías: acumular la pretensión indemnizatoria a la anulación del acto. (Arts. 31 Ley 29 de 1998 R.J.C.A) o esperar sentencia anulatoria del acto y a partir de ese momento solicitar la indemnización en el plazo de un año (Arts. 67.1 L. 39/2015). La acción resarcitoria se deduce mediante la formulación de una petición de indemnización ante el órgano competente que según el mismo art. 67 “deberá especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda”.

En Colombia se ha venido sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina, que, si el perjuicio tuvo origen en una actividad lícita de la administración, como la que se desprende de la ejecución de un acto administrativo dentro del marco de sus competencias y de la legalidad, que ocasiona al administrado un daño anormal, superior al que deben soportar

otros semejantes en igualdad de condiciones, será posible reclamar una indemnización, puesto que se configura una responsabilidad objetiva por daño especial, ya que se le impone al particular administrado una carga especial, un sufrimiento que no tiene por qué soportar, presentándose un rompimiento al equilibrio de las cargas públicas en virtud de la igualdad ante la ley.

“Por manera que la jurisprudencia ha definido al daño especial , como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas” (Consejo de Estado, No. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421) – 2007).

El daño especial se ha definido como el resultado de la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas, porque se impone a ciertos administrados un sacrificio mayor al que normalmente deben soportar los demás en general. “...Se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración éste debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que sólo unos pocos ciudadanos resulten sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios” (Ruiz, 2010 pág. 210).

Por ende, el daño especial como presupuesto de la responsabilidad, se presenta en aquellas situaciones en que la administración en desarrollo de una actividad legítima, afecta los derechos de una persona por el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas que deben soportar otros administrados. Así mismo debe concretarse el daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado, además de un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

El concepto de daño especial como resultado de la violación al principio de igualdad ante las cargas públicas se emplea, por daños causados por actuaciones realizadas en interés general; por las negativas a ejecutar decisiones de la justicia y por daños derivados de la acción normativa del Estado, que comprende: por la ley y convenciones internacionales, y por los actos administrativos, a estos últimos a los que nos referiremos en adelante.

En un principio la jurisprudencia del Consejo de Estado excluyó del régimen de responsabilidad por daño especial, la derivada de la legalidad del acto administrativo, por ende, la reparación de perjuicios que podían derivarse de un acto administrativo solo se podía obtener a título de restablecimiento del derecho en un contencioso de nulidad. Posteriormente se sentó el criterio que rige actualmente, donde se acepta que un acto legalmente expedido puede causar daños y que tales daños pueden ser objeto de reparación por el rompimiento de las cargas públicas, a través del medio de control de la Reparación Directa.

En un primer pronunciamiento la sección primera del Consejo de Estado, señaló que el daño se podía causar por un acto administrativo legal y que este daño no podía reclamarse por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que esta acción tiene como fundamento la inconstitucionalidad e ilegalidad del acto, y tal pretensión solo

podría deducirse mediante la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 21 de marzo de 1996, Rad. 3575,). En este mismo sentido ya se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que como la acción administrativa tiene por finalidad el servicio público, si la acción trae beneficios a muchos asociados, pero a su vez perjudica a cualquier persona, el sacrificio de esta no se hace justificable, ya que la colectividad tiene como fundamento la igualdad de las personas ante la ley. Por ende, el perjuicio que se le cause como resultado de la actividad o gestión de la administración, ha de ser reparado (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE NEGOCIOS GENERALES, Sentencia de 3 de agosto de 1949).

Esta postura de la procedencia de la reparación directa solo tiene aplicación en aquellos casos en que la legalidad del acto administrativo no se cuestiona en la demanda.

“En algunos eventos, el origen del daño antijurídico, es decir, aquel que el administrado no está en la obligación de soportar, surge de la expedición de un acto administrativo legal, cuya validez es incuestionable. En este caso, resulta improcedente promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener la indemnización de los perjuicios causados a través del acto, pues esta acción y la de simple nulidad están instituidas, en esencia, para controlar la legalidad de los actos administrativos y para pretender la declaración de nulidad de los mismos, con el fin de restablecer el orden jurídico que se ha visto alterado por causa del acto viciado de nulidad, con efectos ex tunc. La acción idónea para

canalizar las pretensiones indemnizatorias, en este caso, es la de reparación directa.”

(Consejo de Estado, No. 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297) – 2014).

En este marco, cuando quien se encuentre afectado con la decisión administrativa, alegue la causación de un perjuicio derivado de la ilicitud o ilegalidad de la misma, los medios de control procedentes serán los de nulidad o impugnación y restablecimiento del derecho, para que el juez evalúe la legalidad del acto y determine además si este ha causado un perjuicio y por ende ordene su indemnización. Sin embargo, cuando no se discute la validez del acto administrativo y solo se alega la causación de perjuicios, el medio de control procedente será el de reparación directa.

2. Responsabilidad por actos jurisdiccionales.

Con fundamento en la Constitución de 1886, el Estado fue irresponsable por los daños que producía la función judicial, puesto que la administración de justicia era una carga que debían soportar los asociados en beneficio de su propia seguridad.

Con el paso del tiempo se empieza a diferenciar la función judicial de la función administrativa aceptando la jurisprudencia de esta última (Consejo de Estado) la responsabilidad del Estado por falla en el servicio. Por tanto, se excluía el error jurisdiccional, pues solo se podía generar responsabilidad personal del juez, pues debía protegerse el principio de cosa juzgada como máxima expresión de seguridad jurídica. (Molina, 2004). Con posterioridad a la constitución de 1991, la responsabilidad por falla del

servicio se acepta gracias a la teoría del daño antijurídico que el ciudadano no siempre debe soportar las consecuencias que le ocasionen las decisiones jurisdiccionales erróneas

Con fundamento en el art. 242 y 414 del Decreto 2700 de 1991 (Código de procedimiento penal de la época, hoy derogado), nace la responsabilidad por error judicial como consecuencia de una sentencia absolutoria en sede de revisión, al disponer que el sindicado o sus herederos podían demandar la restitución de lo pagado y que había lugar a solicitar la responsabilidad del Estado, como una excepción legal a la intangibilidad de la cosa juzgada (Saavedra, 2011 págs. 508 y 509). Es decir, responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, con sus consecuentes adecuaciones jurisprudenciales desde el año 1994, independientemente de la ilicitud (responsabilidad subjetiva) o licitud (responsabilidad objetiva) de la decisión que le sirvió de fundamento.

Así mismo con la expedición de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia (que rige en la actualidad), se marcó un nuevo enfoque constitucional a la evolución por responsabilidad de los jueces, ya que de manera expresa consagró que el Estado respondería patrimonialmente por la actuación de sus jueces y por el anormal funcionamiento de la administración de justicia (arts.65, 66 y 69). Esta norma definió el error jurisdiccional y plasmó la responsabilidad de la administración por la expedición de una providencia ilegal. Es de anotar que la privación injusta de la libertad se trató en el artículo 68 de la misma ley, diferenciándolo del error jurisdiccional.

La corte constitucional limitó por interpretación constitucional, el carácter restrictivo de estas normas, pues condicionó la exequibilidad del art. 66, considerando que el error jurisdiccional debía enmarcarse dentro de los presupuestos que la misma corporación había definido para la vía de hecho a propósito de la revisión de las acciones de

tutelas. Lo anterior por que la aplicabilidad del error jurisdiccional tenía que partir del respeto a la autonomía funcional del juez, es decir a la libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y a si mismo aplicar e interpretar las normas constitucionales o legales que considere apropiadas para la resolución de la respectiva situación de hecho. (Corte Constitucional, C-037 - 1996).

De lo anterior se desprende, que desde el punto de vista jurisprudencial la Corte equipara el error judicial a las vías de hecho, es decir a un error o vicio grave de las providencias judiciales que viola de manera ostensible derechos constitucionales fundamentales, por lo que mal podría denominarse providencia judicial, pues constituye un rompimiento total del ordenamiento jurídico. Por tal razón solo puede impugnarse por acción de tutela, cuando se desconozcan de forma grave los derechos fundamentales de las personas, porque la actuación del juez o el error fuese producto de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y violatoria del debido proceso.

Pero para el Consejo de Estado esta postura no era del todo acertada, pues de conformidad con el artículo 90 constitucional, no podía limitarse el derecho de los particulares a ser indemnizados cuando fueren víctimas de daños antijurídicos imputables al Estado independientemente de que la actuación haya sido con dolo o culpa.

El concepto de error judicial indemnizable solo se da en aquellos casos en que el error no es susceptible de ser enmendado dentro del esquema de recursos procesales provisto por las leyes. Solo serán indemnizables aquellos daños derivados de errores judiciales producidos por resoluciones que tienen efecto de cosa juzgada, y sin que la declaración del error elimine la validez ni los efectos propios de la resolución judicial errónea.

El consejo de Estado desde 1996 (CE, sentencia del 2 de octubre de 1996, Exp. 10.923, CP. Dr. Daniel Suárez Hernández.) ha establecido la responsabilidad patrimonial del Estado por acciones u omisiones de sus agentes que tienen como causa, el error jurisdiccional (error y daño en los actos procesales proveniente de las providencias contrarias a la ley, por parte de los jueces, y sus decisiones jurisdiccionales), la privación injusta de la libertad (que puede generarse en error jurisdiccional o en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia) y el funcionamiento anormal de la administración de justicia (retardos y defectuosas actuaciones materiales durante el procedimiento anterior a la sentencia).

¿Pero qué se entiende por error judicial o jurisdiccional? La jurisdicción de lo contencioso administrativo lo define: como aquel en el que incurre una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en el curso de un proceso judicial materializado a través de una providencia contraria a la Ley. Así mismo es necesario analizar, ¿si el error jurisdiccional y el error judicial son conceptos sinónimos o si por el contrario son conceptos diferentes? Desde el punto de vista técnico son conceptos diferentes, desde el punto de vista legal son nociones sinónimas y desde el punto de vista jurisprudencial, se equipara el error judicial a la vía de hecho.

“El error judicial debe entenderse de forma genérica como cualquier tipo de error cometido en la administración de justicia, y el error jurisdiccional, de forma específica, como el efectuado sólo por los jueces investidos de jurisdicción: en estricto rigor teórico, lo judicial se refiere únicamente al órgano; en cambio lo jurisdiccional hace relación a la función (el error sería cometido más por la autoridad investida de jurisdicción que por la persona denominada juez, es decir por

quienes colaboran o auxilian con la administración de justicia). La legislación colombiana no hace esta distinción y ha equiparado error judicial a error jurisdiccional, clasificando los demás errores dentro del defectuoso funcionamiento en la administración de justicia o la injusta privación de la libertad” (Molina, 2004 págs. 16 y 17).

El error judicial o jurisdiccional se puede dar de dos formas. Puede ser error judicial de hecho, donde el juez equivocadamente da por establecido que un hecho no ocurrió o que, estando plenamente demostrado, no lo tiene en cuenta en su decisión. También puede ser de derecho, cuando el juez toma una decisión con desconocimiento del derecho mismo o con mala aplicación o mala interpretación de este.

El error judicial de derecho “...tiene su sustento ontológico en la aplicación del derecho, es decir, en la consideración jurídica llevada a cabo en la providencia sometida a estudio, y esta a su vez, puede tener lugar entre otros, por: 1) hacer uso de un fundamento normativo inapropiado al caso concreto, 2) llevar a cabo una interpretación errónea frente a un texto normativo, 3) No aplicar la disposición normativa que en derecho corresponda, 4) desconocer un precedente judicial de carácter vinculante (sentencias de unificación de lo contencioso administrativo) 5) por desconocer principios constitucionales de aplicación directa y obligatoria, entre otros. Ahora bien, los eventos descritos no constituyen una relación taxativa de eventualidades posibles de error de derecho, en el entendido de que este tipo de error se reduce a una contrariedad al ordenamiento jurídico” (Consejo de Estado, N° 05001-23-31-000-1998-02662-01(37123) de 2015).

Para que exista responsabilidad del Estado por error judicial o jurisdiccional, se requiere al igual que en materia de responsabilidad por actos administrativos, la existencia de tres elementos fundamentales: el hecho imputable a la administración (el error judicial, la privación injusta de la libertad o el funcionamiento anormal de la administración de justicia), el daño (los perjuicios ocasionados) y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Frente al daño debe tenerse en cuenta tres supuestos en que los estados responden patrimonialmente por los daños antijurídicos ocasionados por los errores cometidos por los jueces al apreciar los hechos y aplicar el derecho a los casos sometidos a su estudio. Estos son:

1. Daños ocasionados por sentencias condenatorias injustas y otras decisiones adoptadas en procesos penales, cuando se acredita que el sindicado no cometió el delito (privación injusta de la libertad).
2. Los perjuicios causados por los jueces al violar derechos reconocidos a los particulares en tratados internacionales y que un tribunal supraestatal declare esa violación y condene al Estado a compensar a sus víctimas.
3. Daños derivados de errores manifiestos cometidos en resoluciones judiciales no susceptibles de recurso en cualquier tipo de proceso.

Así mismo para que pueda producirse ese daño antijurídico por error judicial, la providencia judicial (auto o sentencia) debe hallarse en firme y contra ella se deben haber interpuesto todos los recursos previstos en la Ley sin haber tenido éxito en los mismos. En estos casos, la responsabilidad surge de la comparación simple entre la ley y la decisión del

juez, de modo que se halle que esta última viola el contenido de aquélla, conclusión que se percibe con un simple proceso de comparación. De lo anterior se exceptúan los casos de privación injusta de la libertad.

Para obtener una reparación por un daño en ocasión de un error judicial o jurisdiccional, desde el punto de vista procedimental, será a través del medio de control de la reparación directa contenida en el artículo 140 del CPACA.

2.1 Via de hecho judicial.

Teniendo en cuenta que el error judicial se entiende como una actuación arbitraria, caprichosa y groseramente contraria a la ley, ya que la decisión carece de una justificación coherente, razonable, jurídicamente atendible que la provea de aceptabilidad, porque está en contravía de los principios del debido proceso judicial, este debe enmarcarse dentro de los mismos lineamientos que ha definido la Corte Constitucional para las vías de hecho. En ese orden, es a partir de la carga argumentativa que se debe estudiar al error sin perder de vista los eventos típicos de configuración, tales como: interpretación, indebida valoración, aplicación errónea o falta de aplicación.

Solo los errores superlativos y notorios que un juez cometa al emitir una providencia judicial configuran una vía de hecho. La vía de hecho judicial parte de la idea de su procedencia a fin de impedir que las autoridades públicas mediante errores ocasionales vulneren o amenacen los derechos fundamentales.

La vía de hecho judicial comenzó su evolución con la sentencia C543 de 1992, al declarar inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1992, donde se consagraba la posibilidad de presentar una acción de tutela contra providencias judiciales y fallos ejecutoriados. Sin embargo, dejó abierta la posibilidad a que la tutela procediera contra actuaciones de hecho en que incurran funcionarios judiciales. En el año 94, con la sentencia T-231, se introducen los conceptos de defecto sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental como requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. En la sentencia T-118 del 95, se define la vía de hecho como una transgresión grave y protuberante de la normatividad que regía el proceso dentro del cual se profirió la providencia, además empieza a tratarse la vía de hecho como una excepción, como consecuencia de la aplicación del principio de autonomía funcional del juez. En el 2001 con la T-1031, se introduce una nueva causal, anotando que procederá la tutela contra providencia judiciales, cuando la misma desconozca el precedente sin motivación alguna (Rojas, Serie documento No. 2).

En sentencia T – 949 de 2003, se reemplazó el concepto de “vía de hecho” por el de “causales genéricas de procedibilidad” con el fin de hacer compatibles los valores de la eficacia de los derechos fundamentales u de autonomía judicial, ya que todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela con ocasión de la actividad judicial es constitucionalmente admisible solo cuando el juez haya determinado de manera previa una de las siguientes causales de procedibilidad reconocidas por la jurisprudencia:

1. **Defecto sustantivo, organico o procedimental:** La decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su

interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o se actúa por fuera del procedimiento establecido.

2. **Defecto factico:** Cuando en el curso del proceso se omite la práctica o decreto de pruebas, o estas no son valoradas debidamente.
3. **Error inducido:** El juez actúa equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal.
4. **Decision sin motivación:** La decisión carece de fundamento argumentativo o los motivos no son relevantes al caso concreto.
5. **Desconocimiento del precedente:** La autoridad judicial se aparta del precedente sin ofrecer argumentación al respecto.
6. **Violación directa de la constitución:** La decisión desconoce el contenido de los derechos fundamentales de algunas de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad.

En el presente trabajo solo haremos mención al defecto sustantivo, toda vez que, al hablar de responsabilidad administrativa por trasplante de órganos en extranjeros, la tesis que se manejará para imputar responsabilidad a la administración por error jurisdiccional, depende exclusivamente de la indebida interpretación que se ha venido haciendo del marco jurídico sobre el particular, por el desconocimiento de normas taxativas o por su indebida interpretación, debido a la sensibilidad que produce el tema, por girar en torno a la garantía y protección de derechos fundamentales por parte tanto de autoridades judiciales como administrativas.

2.1.1. Defecto sustantivo. A

continuación, se procederá a puntualizar más en este defecto de las vías de hecho judicial, como fundamento necesario del desarrollo de los capítulos siguientes.

La vía de hecho por defecto sustantivo o interpretativo se refiere a los errores en las providencias judiciales relacionadas con la determinación del sentido correcto de las normas jurídicas. Los jueces no pueden hacer decir a las normas lo que no dicen y estas deben ser interpretadas y aplicadas del modo que mejor convengan a los mandatos constitucionales. Pero el criterio que debe imponerse como un imperativo de tipo interpretativo, es la facultad de no dejar de reconocer apropiadamente el sentido de la norma legal y si existe diferencia interpretativa sobre el alcance de una expresión, entonces se debe comenzar por precisar el sentido de la norma legal, sin perjuicio de limitar la autonomía funcional de los jueces.

Pero cuando existan valores y principios constitucionales en juego, la interpretación que se debe privilegiar es aquella que respete de mejor manera los principios constitucionales, siendo susceptible de revisión la decisión que contraría este precepto. La evolución jurisprudencial frente a este tipo de vía de hecho judicial se dio en tres sentencias fundamentales, en la T-234 de 1994, este defecto se entendía como la utilización de un poder concedido al juez de interpretación normativa. En la T-008 de 1998, se expresó que el defecto sustantivo era aquella decisión que se fundamenta en una norma evidentemente inaplicable; y en la T-1017 de 1999, se dijo que este tipo de defecto se

estructura cuando la decisión se fundamenta en una norma claramente inaplicable al caso concreto.

Se incurre también en este defecto sustantivo cuando se incurre en error por violación de norma sustantiva. Según la Corte Constitucional, este defecto se produce cuando en la decisión se precisa un determinado sentido normativo, omitiendo aplicar una norma jurídica, la cual es pertinente y aplicable al caso concreto, lo anterior sin desconocer el margen de interpretación que tiene el juez dentro de su autonomía funcional. En este sentido la decisión se fundamentaría en un sentido diferente y erróneo de la norma jurídica, ya que se dejó de aplicar la norma jurídica correspondiente o al menos de haberse hecho alguna consideración en uno u otro sentido. (Chavez, 2011 pág. 100).

Así mismo se incurre en este error por violación de la cosa juzgada constitucional, donde la decisión judicial desconoce los parámetros fijados por el juez constitucional para establecer el sentido de una norma que ha hecho tránsito a cosa juzgada y que además lesiona los derechos fundamentales, es decir cuando una decisión judicial se aparta de la ratio decidendi de una sentencia de la Corte Constitucional o en constitucionalidad del Consejo de Estado, se viola la constitución política y la cosa juzgada constitucional en detrimento de los derechos fundamentales de un ciudadano, lo que entraña una manifiesta vía de hecho. (Corte Constitucional Su-640 de 1998).

En virtud de lo anterior, se puede concluir que se podrá imputar responsabilidad a la administración en virtud de los daños antijurídicos ocasionados a un particular, por la expedición de actos administrativos lícitos e ilícitos, así como de actos jurisdiccionales derivados de una vía de hecho judicial, por desconocimiento de una norma, o por indebida interpretación de un marco normativo en concreto. Por lo tanto, en el siguiente capítulo se

expondrá y analizará el marco normativo que regula el trasplante de órganos en extranjeros en el Estado colombiano, para poder afirmar que el desconocimiento de dicha regulación o indebida interpretación de la ley, por parte de autoridades judiciales como administrativas al expedir autorizaciones de trasplante de órganos y tejidos en extranjeros, constituye una actuación irregular.

Marco normativo que regula el trasplante de órganos y tejidos en extranjeros no residentes en Colombia.

El constitucionalismo moderno se fundamenta en principios de solidaridad, libertad e igualdad, donde el eje central de los Estados constitucionales es la protección y garantías esenciales de las personas, frente a la administración y los particulares. Lo anterior se fundamenta en el postulado Kantiano de dignidad, en el cual, el individuo se toma como un ser en sí mismo, sin que pueda constituirse en un medio para alcanzar los fines de otro.

Por lo tanto, uno de los postulados del nuevo modelo constitucional se ha centrado en reconocer derechos fundamentales, principios y mandatos de optimización, tanto particulares como colectivos y sus respectivos mecanismos de protección, con la finalidad de alcanzar una sociedad más igualitaria. “La eficacia de los derechos de la persona y la colectividad se convierte en el eje central del paradigma constitucional moderno y postmoderno, la necesidad de que los objetivos constitucionales se vean materializados se erige como la meta fundamental del poder público y, por consiguiente, la Constitución

Política indica la pauta del ejercicio de las funciones y actividades estatales...” (Gil, 2014 pág. 9).

Se debe tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados ya que estas pueden hacer remisiones expresas o tácitas a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución tienen relevancia en la práctica constitucional, en la medida en que la constitución les otorga ese valor. “... el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto como lo destaca Bidart Campos, es por imperio de la propia constitución que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, puesto que la propia carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha estatuido” (Uprimny, 2001, pág. 3).

Por lo anterior surge la noción de bloque de constitucionalidad, que permite que la constitución sea más dinámica frente a los cambios sociales y políticos que rodean su entorno y faculta a los jueces a tener en cuenta principios y derechos que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional.

Con la constitución de 1991, la apertura al derecho internacional humanitario permitió que la Corte Constitucional utilizara los tratados sobre derechos humanos para orientar sus decisiones, pero teniendo en cuenta que la incorporación de un derecho o principio en el bloque de constitucionalidad depende de un fundamento normativo muy claro en el texto constitucional.

Por ende, las normas con rango constitucional en sentido estricto serán los convenios de derecho internacional humanitario; los convenios de límites territoriales y los convenios de la OIT, porque en virtud del artículo 53 de la constitución por el solo hecho de su ratificación adquieren el carácter de normas jurídicas internas obligatorias, sin que sea

necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido al ordenamiento jurídico. Y las normas constitucionales en sentido lato, ya que solo servirán como parámetros supletorios de interpretación de constitucionalidad ante vacíos normativos en el orden legal, serán aquellas disposiciones que, sin tener rango constitucional, la carta ordena respetar sus mandatos, a través de leyes ordinarias, como es el caso de los tratados internacionales generales y leyes estatutarias, excepto la ley que regula los estados de excepción. (Corte Constitucional C -358 de 1997 y C-191 de 1998).

Así mismo, la sentencia de la Corte Constitucional C-010 de 2000 señaló que se reconoce fuerza especial a la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos la que operará como pauta normativa. En este sentido, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales. De igual forma, la misma sentencia constitucional señala que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de derechos humanos serán obligatorias y se constituirán como parte de la legislación interna.

Debido a lo anterior, se hace necesario señalar las diferentes normas legales y supra legales que conforman el ordenamiento jurídico del trasplante de órganos en extranjeros.

3. Normas que integran el bloque de constitucionalidad aplicables al trasplante de órganos y tejidos en extranjeros no residentes en Colombia.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano encontramos los siguientes convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos, que protegen el derecho a la vida y a la salud de toda persona que se encuentre bajo el territorio de su jurisdicción y que gozan de poder vinculante para el Estado colombiano.

3.1. La convención americana sobre derechos humanos.

(Organización de los Estados Americanos), ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1.973, exige a todos los Estados partes la protección del derecho a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5) respecto a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1).

3.2. El pacto internacional de los derechos economicos sociales y culturales

“Colombia ha ratificado el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual protege el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, ratificado (...) el 29 de octubre de 1.969”.

3.3. El protocolo de san salvador

“El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1.997, protege el derecho a la salud (artículo10) los Estados partes se comprometen a garantizar la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado”.

Amen de lo anterior, el Estado colombiano ha suscrito una serie de declaraciones conjuntas con otros países, en materia de donación de componentes anatómicos y trasplante de órganos, a razón de los compromisos adquiridos en la 57 asamblea mundial de la salud (OMS. Resolución 57.18, 2004). En esta asamblea se instó a los Estados miembros a cooperar, apoyar y permitir, la formulación de recomendaciones y directrices para armonizar prácticas de obtención, procesamiento y trasplantes de células y tejidos. En este marco Colombia participó y suscribió las siguientes declaraciones conjuntas:

3.4. Declaración de Mar del Plata del 17 de noviembre de 2005.

El Estado colombiano se comprometió a proporcionar servicios de trasplante de calidad en beneficio de sus CIUDADANOS, garantizando LA UNIVERSALIDAD, ACCESIBILIDAD Y EQUIDAD. Igualmente, se comprometió a implementar fuertes medidas para combatir EL TURISMO DE TRASPLANTES, entendido como desplazamiento de receptores y/o donantes a otros países con la finalidad de acceder a una donación y/o trasplante, a cambio de una compensación económica y/o vulnerando las normas locales de asignación de órganos.

En la mencionada declaración queda claro que el TURISMO DE TRASPLANTE debe ser distinguido de tratamientos trasplantológicos para extranjeros, cuando estos se realizan en el marco de acuerdos bilaterales o regionales entre Estados.

3.5. Declaración de Estambul del 2 de mayo de 2008.

Colombia ratificó el compromiso del país por continuar combatiendo las prácticas de venta de órganos, EL TURISMO DE TRASPLANTES y el tráfico de los donantes de órganos ante la escasez mundial de los mismos.

En esta declaración se amplió el termino de turismo de trasplantes y se definió como:

“(...) traslado de órganos, donantes, receptores profesionales del trasplante fuera de las fronteras jurisdiccionales, dirigido a realizar un trasplante. El viaje para trasplantes se convierte en turismo de trasplantes si implica el tráfico de órganos o la comercialización de trasplantes, o si los recursos (órganos, profesionales y centros de trasplantes) dedicados a suministrar trasplantes a pacientes de otro país

debilitan la capacidad del país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población”.

De la anterior definición se desprende que, cuando un país disponga de sus recursos para realizar un trasplante a ciudadanos extranjeros, debilitando esos mismos recursos y la capacidad para la atención de sus propios nacionales o extranjeros residentes, o transgreda las normas locales de asignación de órganos, se habrá configurado un Turismo de trasplante.

Se acepta que el tratamiento de pacientes que no pertenecen al país o su jurisdicción se puede permitir, exclusivamente, si no perjudica la capacidad de un país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población. Además, ésta última disposición considera necesaria la colaboración entre países para conseguir autosuficiencia en la donación de órganos. Dicha autosuficiencia entre países no debe ser incompatible con la autosuficiencia nacional y debe atender a principios de colaboración que protejan a la población vulnerable y promueva la igualdad entre donantes y receptores.

3.6. Declaración de Bogotá del 29 de octubre 2009.

En ella se estableció que no debían generarse expectativas con respecto al trasplante de sus nacionales en otro país, debido a que esta práctica vulnera los derechos de los

pacientes del país receptor. Se instó a las instancias judiciales de los países a que reconozcan que los trasplantes de pacientes extranjeros vía tutela o recurso de amparo, vulneran los derechos de los nacionales del país receptor, toda vez que los órganos para trasplante son un recurso escaso y es responsabilidad de cada país desarrollar sistemas de trasplante que le permitan ser autosuficientes en la procuración y trasplante de órganos, tejidos y células.

Esta declaración se centró en la protección de derechos fundamentales en materia de salud (trasplante de órganos) entre nacionales, extranjeros residentes y no residentes por vía acción de tutela. Ello debido a que en Colombia está prohibido legalmente el trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes (artículo 40 del Decreto 2394 de 2004 y artículo 10 de la Ley 1805 de 2016), pero en sede judicial (Acción de tutela) los jueces de la república conceden ese derecho.

Las acciones de tutela favorables a la autorización del transplante de órganos de extranjeros no residentes, tienen en cuenta que toda persona, que se halle dentro del territorio colombiano, tiene la posibilidad de acceder a éste mecanismo para exigir la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando los considera vulnerados o amenazados, ya sea por una autoridad pública o por un particular (Artículo 10, Decreto 2591 de 1.991). El artículo 86 constitucional no establece diferencia entre la persona natural o jurídica, nacional o extranjera y, por tanto, legitima a todo titular de un derecho fundamental amenazado o lesionado, para solicitar su restablecimiento ante los jueces de la República (Corte Constitucional T - 380 de 1998).

Frente a los extranjeros (residentes y no residentes) la misma carta política en su artículo 100 les otorga idénticos derechos civiles que los nacionales, ya que no pueden ser

discriminados por razón de su nacionalidad (Artículo 13 Constitución Política). Además, los extranjeros son titulares, al igual que los nacionales, del mecanismo jurídico de la tutela para la defensa y protección de sus derechos fundamentales por parte del Estado Colombiano (Convención Americana sobre derechos humanos, artículos 1,4 y 5, ratificada por Colombia en 1973 y el Protocolo San Salvador, artículo 10, ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1997).

Ahora bien, la declaración de Bogotá ratifica que el mecanismo ideal para que los nacionales de un país sean trasplantados en otro territorio debe ser la celebración de acuerdos bilaterales entre Estados, avalados por las organizaciones nacionales de trasplantes de los países suscribientes. Estos acuerdos binacionales deben realizarse entre países de una misma región en el espíritu de cooperación y desarrollo entre las diferentes naciones.

3.7. Declaracion de Madrid 2010.

En ella quedó claro que la violación al principio de igualdad y equidad con respecto al acceso de un trasplante de órganos se traduce en pacientes que, en sus países, no son incluidos en listas de espera, o que fallecen a la espera de un trasplante. Otros pacientes buscan soluciones poco éticas que atentan contra la dignidad de las personas (compra de órganos y turismo de trasplantes). Estas prácticas violan los derechos humanos fundamentales y contravienen la Declaración Universal de Derechos Humanos y han sido condenadas por las instituciones y las sociedades profesionales internacionales. Entre otras razones, porque los donantes y receptores con menos recursos económicos o dependientes de un sistema de salud que, como el existente en Colombia, dificulta la autorización de los

procedimientos quirúrgicos, son los más vulnerables y, por lo tanto, caldo de cultivo propicio para las malas prácticas.

Las declaraciones no siempre son jurídicamente vinculantes, generalmente se utilizan por las partes que no desean obligarse, sino dar a conocer determinadas aspiraciones o recomendaciones. Pero, excepcionalmente, dichas declaraciones si pueden tener efectos vinculantes, cuando sus disposiciones coinciden con el derecho consuetudinario internacional, o las mismas se deben tomar como parámetros de interpretación.

4. Normas de orden interno aplicables al trasplante de órganos y tejidos en extranjeros no residentes en Colombia.

Por vía de acción de tutela, con fundamento en los artículos 86 y 100 de nuestra constitución, los extranjeros que se encuentran en nuestro país han logrado que el Estado Colombiano, representado en el INS (Instituto Nacional de Salud), ampare y proteja sus derechos humanos y fundamentales, a la salud, vida, igualdad y dignidad humana, a través de su inclusión en la lista de espera nacional como posibles receptores de un trasplante de órganos o tejidos.

Con la expedición Ley 9 de 1979, artículos 540 al 547, y de los decretos reglamentarios 616 de 1981, 3 de 1982 y 2363 de 1986, Colombia ha establecido una legislación que responde a las necesidades de sus nacionales y refleja el avance científico y tecnológico, en materia de donación y trasplante de órganos.

En dicha normativa se incorporó el principio de la gratuidad al disponer que los órganos y demás componentes anatómicos solamente podían ser objeto de donación y ser

utilizados de manera altruista en la realización de trasplantes u otros usos terapéuticos, o de investigación científica. En virtud de lo anterior, se prohibió expresamente exigir o percibir cualquier tipo de retribución o compensación que tuviere por causa el suministro de órganos y tejidos humanos.

Lo anterior se ratificó en posteriores reglamentaciones sobre la materia, en particular, en los decretos 1172 de 1989 y 2493 de 2004 a través del cual reguló la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de los componentes anatómicos.

Así mismo, con la finalidad de establecer límites al comercio de órganos y tejidos se promulgó la Ley 919 de 2004, por medio de la cual, se prohibió la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipificó como delito su tráfico.

Amén de ello, en el año 2016 se expidió la Ley 1805 por medio de la cual se modificaron la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos, cuyo objeto principal fue ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros fines terapéuticos.

La normatividad anteriormente mencionada se enmarca en los principios de un Estado Social de Derecho y se encuentra conforme a los convenios internacionales suscritos por el Estado Colombiano y declaraciones conjuntas como miembro de la OMS (Organización Mundial de la Salud).

Desde el año 2004, El Estado Colombiano reglamentó los trasplantes de órganos para extranjeros no residentes en el país, respondiendo a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional. Así el artículo 40 del decreto 2493 de 2004 establece dos situaciones de hecho en las cuales los extranjeros no residentes en Colombia pueden recibir

la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos, por parte de las IPS habilitadas por el Estado para tal fin.

“los extranjeros podrán ser receptores de órganos y tejidos siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera o en caso de que, existiendo receptores nacionales o extranjeros residentes, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente”.

La interpretación de este artículo ha sido objeto de análisis judicial tanto por parte de la Corte Constitucional (Corte Constitucional, T - 568/06, 269/08, 111/10, 675/12, 1088/12, 728/16 y C - 933/07) como del Consejo de Estado en sede de constitucionalidad (Concejo de Estado, No11001-03-24-000-2006-00121-00 - 2010). Las diversas posturas tomadas por las Cortes en estas sentencias, partiendo del análisis del derecho fundamental a la salud y a la vida de la persona a la cual se le pretendía proteger su derecho (nacional, extranjero residente o extranjero), han ocasionado un vacío jurídico en los últimos años frente al verdadero alcance de ese artículo 40. Esto debido, a que no se ha logrado establecer un precedente jurisprudencial al respecto, conforme a los principios y compromisos adquiridos por el Estado colombiano en foros internacionales, frente a temas específicos en materia de asignación de componentes anatómicos y al manejo de las listas de espera regionales y nacionales para acceder a un trasplante.

Frente a la situación descrita, se hizo imperiosa la necesidad de una nueva legislación sobre la materia que ayudara a resolver los vacíos jurídicos existentes y a

dirimir los conflictos sociales que se estaban planteando al otorgar autorización a un extranjero para ser trasplantado en Colombia.

La Corte Constitucional en sentencia T- 1088 de 2012, al negar el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida a un ciudadano brasileño que pretendía realizarse un trasplante de hígado, manifestó que la inclusión de extranjeros no residentes en el territorio nacional en listas de espera para trasplantes de componentes anatómicos, vulneraba los derechos fundamentales a la salud y vida digna de los nacionales y extranjeros residentes que llevaban años en lista de espera.

Sin embargo, en el año 2013, con posterioridad a dicha sentencia se realizaron 3 trasplantes a extranjeros, uno de ellos, por fallo de tutela “En el año 2013 se realizaron tres trasplantes a receptores extranjeros no residentes en Colombia, lo que representa el 0.31% del total de trasplantes realizados en el año 2013; en el año 2012 se realizaron cuatro trasplantes, lo que representó el 0.36% para ese año. (...) de acuerdo con su mecanismo de acceso al trasplante, un trasplante de hígado fue realizado en atención a un fallo de acción de tutela, el otro a un menor de edad con donante vivo relacionado que cumplió con el procedimiento establecido por la normatividad vigente y el trasplante de corazón se realizó por razones humanitarias” (INS. 2256-408X, 2013, pág. 29).

En este último caso en el que se hace referencia a razones humanitarias, que fue estudiado en la sentencia 275 de 2012, pero donde no hay análisis por carencia de objeto al tratarse de un hecho superado, se menciona que el trasplante fue autorizado y realizado porque no existía receptor colombiano compatible en lista de espera.

En el 2014, se realizó un trasplante, pero no se aclara si se realizó con autorización judicial o administrativa “En el año 2014, se realizó un trasplante de corazón a extranjero

residente en Colombia, en la coordinación regional de trasplantes No. 4, Bucaramanga” (INS. 2256-408X, 2014, pág. 50). Y en 2015 se realizó un trasplante entre vivos (que se encuentra autorizado en la ley colombiana bajo el cumplimiento de ciertos requisitos) en el que se autorizó administrativamente, pero sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. “Durante el 2015 se realizó un trasplante renal con donante vivo a extranjero no residente en Colombia, para el cual no se evidenció el cumplimiento pleno de los requisitos establecidos por el INS: dicho caso fue remitido a los procesos de auditoría correspondientes” (INS. 2256-408X, 2015, pág. 45).

Los datos expuestos evidencian, que a pesar del cambio de paradigma de interpretación del artículo 40 del decreto 2493 y de haberse establecido su constitucionalidad, algunos jueces de la república y la autoridad administrativa encargada continuaron desconociendo el ordenamiento jurídico colombiano en materia de trasplantes en extranjeros, cayendo en la práctica ilegal del TURISMO DE TRASPLANTE.

En este sentido, en el año 2016 se expide la Ley 1805 de 2016 con vigencia a partir del mes de febrero de 2017, en la que, al igual que el artículo 40 del Decreto 2394 del 2004, se prohíbe la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional. Esta norma especificó en qué casos se podría realizar un trasplante a extranjeros no residentes en Colombia:

ARTÍCULO 10. “... salvo que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del donante.

El Ministerio de Salud podrá autorizar de manera transitoria los trasplantes a extranjeros no residentes cuando se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna. En todo caso los nacionales y los extranjeros residentes tendrán prelación...”

De estas 2 disposiciones legales se debe analizar lo siguiente ¿ el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 derogó el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 o, por el contrario, las dos disposiciones son complementarias?

Al respecto, debe observarse que la misma ley 1805 de 2016 establece en su encabezado que modifica la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004, y el artículo 22 dispone que esta ley deroga las disposiciones que le sean contrarias. Entonces, no hay una derogación expresa del artículo 40 del Decreto 2394 de 2004, por el contrario, de un análisis minucioso del art. 10 y del art. 40 citados se desprende que no son contradictorios entre sí, sino complementarios:

1. Si bien el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016, a diferencia del artículo 40 de decreto 2394 de 2004, consagra la prohibición de que un extranjero no residente pueda ser receptor de un trasplante de órganos en Colombia, al mismo tiempo, pero de manera excepcional, el artículo 40 expresamente determina las excepciones a dicha prohibición, so pena de que, si no se cumple con las condiciones allí establecidas, le queda prohibido a un extranjero ser beneficiario de un trasplante de órgano o tejidos en Colombia.

2. Ambos artículos exponen de forma clara las situaciones excepcionales en las cuales un extranjero no residente en Colombia se puede beneficiar de un trasplante de órganos o tejidos en nuestro país. El artículo 40 manifiesta que los extranjeros podrán acceder a un trasplante, cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, o habiéndolos, no existan las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente.
3. El artículo 10 complementa lo anterior pues adiciona dos excepciones a las ya estipuladas desde el año 2004. La primera, que ese extranjero receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del donante (esta excepción aplicable en su mayoría con donantes vivos). La segunda, que se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna (lo anterior partiendo de la base, que, con la nueva legislación, todos los colombianos son donantes de órganos y componentes anatómicos, a no ser que en vida se haya renunciado expresamente a esto).

Podría interpretarse en este punto que, lo planteado por el art. 40 frente a la posibilidad de acceder a un trasplante cuando no existan nacionales ni extranjeros residentes en listas de espera, es una condición que en la realidad colombiana es muy difícil de cumplir. Lo anterior debido a que aquellos trasplantes de mayor demanda como el renal, hepático, cardíaco y pulmonar, concentran el mayor número de colombianos en espera y así mismo, de solicitudes por parte de extranjeros. En el caso de otros órganos como páncreas e intestino la lista de espera

se reduce drásticamente donde por ejemplo en el 2014 frente al páncreas no había nadie en lista de espera (INS 2256-408X - 2015) y se cumplía con la condición establecida en la ley.

Pero observamos que el antecedente normativo que fundamenta el artículo 10 de la ley 1805 de 2016, gravita en una presunción de hecho, que consiste en que todos los colombianos somos posibles donantes de órganos. De lo que se puede inferir que no habrá personas en lista de espera nacional o habrá muy pocas, sí existe en el mercado la suficiente oferta de órganos y tejidos para satisfacer el derecho a la salud de todas las personas que lo requieran, sin distinción de su nacionalidad.

Por ende, al legislador establecer que “podrá realizarse ese trasplante en un extranjero cuando se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna...”, está instituyendo que la única manera de saber si se cubre la demanda interna o no, es a través de la lista de espera nacional, tal y como lo plantea expresamente el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

De tal manera que, así el artículo 10 no lo mencione, se debe obtener una certificación por parte del INS donde conste que no hay nacionales o extranjeros residentes en las listas de espera y por lo tanto hay órganos y tejidos disponibles. Lo anterior demuestra que dicha excepción tal y como está planteada es muy difícil de cumplir, por lo que de manera indirecta estaría prohibido el trasplante de órganos y tejidos en extranjeros con donante cadavérico. Es de anotar que este punto deberá

revisarse con posterioridad a los datos que arrojen las estadísticas en materia de trasplantes posteriores al 2017, año en que empezó a regir la nueva ley.

4. Por último, el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 plantea algo que hasta el momento era objeto de interpretación judicial. En ningún caso un extranjero podrá tener prelación para optar por un trasplante de órgano o tejido, frente a los nacionales y los extranjeros residentes, ya que estos últimos por disposición legal siempre tendrán prelación.

Lo anterior se incluyó en la norma para saldar parte del conflicto que se venía presentando entre nacionales y extranjeros no residentes ya que, por vía de acción de tutela ante el inminente peligro de muerte, se les venía dando prelación a algunos extranjeros, en contravía de disposiciones internacionales y del bloque de constitucionalidad aplicable, en materia de trasplantes de órganos.

En Colombia de acuerdo con el decreto 2493 de 2004, la Resolución 2640 de 2005 del INS (Instituto Nacional de Salud) y los artículos 7 y 8 de la Ley 1805 de 2016 el procedimiento para la asignación de los componentes anatómicos comienza en la entidad en la que se encuentra el donante, así, cuando aquél esté en una Institución Prestadora de Servicios de Salud con programa de trasplante, será ésta la que determine en principio y según los criterios técnicos-científicos, si puede usar el órgano donado en un receptor de la lista de posibles receptores inscritos en dicha IPS.

De no ser posible, dicha entidad deberá informar a la Coordinación Regional (Existen 6 coordinaciones regionales: Bogotá DC, Medellín, Cali, Barranquilla,

Bucaramanga y Neiva) para que consulte si en las otras IPS con programa de trasplante de la regional existe un paciente compatible. En caso de no ser así, la Dirección Departamental o Distrital de Salud deberá comunicar a la Coordinación Nacional para que designe el componente anatómico en cualquiera de las otras regionales del país.

Ahora bien, si el donante no se encuentra en una IPS con programa de trasplante deberá ser reportado ante la Coordinación Regional para que sea ésta quien determine la IPS con programa de trasplante que sigue en turno para rescatar el componente anatómico. (En Colombia solo 26 IPS, que se encuentran ubicadas en las 6 regionales, así: Bogotá – 13; Medellín -5; Valle – 3; Bucaramanga -2; Atlántico – 2; y Huila -1, que están habilitadas para realizar procedimientos de trasplantes de órganos (INS. 2256-408X -2014).

Cabe señalar, que para realizar la asignación de los componentes anatómicos en el país, se tienen en cuenta condiciones como el estado clínico del paciente, la compatibilidad genética y una serie de criterios técnico-científicos (1. Criterios bioéticos que aseguren la accesibilidad al trasplante, la transparencia en los procedimientos y la equidad en la distribución y asignación. 2. Criterios clínicos que contemplen la situación clínica del paciente, la compatibilidad entre donante y receptor y la edad del receptor. 3. Criterios regionales que garantizarán la equidad, la no discriminación por razones de origen familiar, estrato socioeconómico, sexo, raza, lengua, religión, opinión política o filosófica (Decreto 2493 de 2004, artículo 25), que son los que finalmente determinan la entrega de un órgano a un receptor. Lo anterior implica que la distribución de un componente anatómico no se realice en principio por turnos de acuerdo a la fecha de ingreso a la lista de espera, sino que se realiza teniendo en cuenta estos criterios.

“La inscripción de los pacientes en la Red de Donación y Trasplantes, tiene por objeto establecer el orden de prelación que habrá de tenerse en cuenta al momento de asignar los componentes anatómicos disponibles que hayan sido requeridos con fines de trasplante. Este mecanismo contribuye a resolver de manera justa y equitativa los conflictos que se originan en la concurrencia o colisión de derechos, garantizando la más absoluta imparcialidad en la atención de las solicitudes de quienes abrigan la esperanza de recuperar o restablecer su salud. En ese sentido, el turno de inscripción otorga al interesado una prelación frente a las demás personas que hayan formulado su solicitud en fecha posterior y obliga al órgano competente a evacuar las solicitudes en forma cronológica (Concejo de Estado, No11001-03-24-000-2006-00121-00 - 2010).

Como consecuencia del fallo del Consejo de Estado, y en virtud de lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia T 1088 -12, el Instituto Nacional de Salud profirió las Circulares No. 20963 de 2011 y No. 041 de 2013, por medio de las cuales señaló los lineamientos para la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia.

En estos actos administrativos se establecieron que los extranjeros no residentes en el territorio nacional que requieran de un trasplante deben radicar la solicitud, junto con la correspondiente documentación, ante la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes, quien deberá verificar que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en lista de espera única nacional para trasplante. Razón por la cual, solamente en

el evento en que no haya receptores nacionales o extranjeros residentes en lista de espera podrá atenderse solicitudes para trasplante de extranjeros no residentes en Colombia, que se encuentren en el territorio nacional.

Una vez autorizado el ingreso a la lista de espera Nacional, el solicitante podrá acudir a suscribir un contrato para la prestación de servicios médicos con cualquier IPS habilitada con programa de trasplante. Después de esto, dicha institución incluirá al peticionario en su lista de espera, registrando como fecha del acta de aprobación, la fecha de la certificación expedida por el mencionado Instituto.

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

La IPS (Institución prestadora del servicio de salud) deberá respetar el derecho de quienes previamente radicaron sus solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, de lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios sin fundamento legal, violentando de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de los nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia.

5. Jurisprudencia aplicable al trasplante de órganos y tejidos en extranjeros no residentes en Colombia.

El trasplante de órganos o tejidos en extranjeros no residentes en Colombia, ha tenido diferentes interpretaciones y posturas por parte de las autoridades judiciales. La constitución de 1991 ha reconocido que los extranjeros gozan plenamente de todos sus derechos civiles dentro del territorio de su jurisdicción, por ende pueden exigir por parte del Estado Colombiano la protección de sus derechos fundamentales, concretamente al derecho a la vida, salud e igualdad, mediante el mecanismo judicial de la acción de tutela, o por autorización expedida por el ministerio de la protección social (Art.10 inciso 2 Ley 1805 de 2016) con la finalidad por ejemplo, de obtener un trasplante en nuestro país.

En los últimos años, con anterioridad a la Ley 1805 de 2016, los extranjeros no residentes en el país interponían acciones de tutela contra el Estado Colombiano, representado en este caso por el INS (Instituto Nacional de Salud), por los Departamentos en representación de sus Secretarías de Salud y contra Instituciones prestadoras del servicio de salud públicas y privadas, con dos pretensiones puntuales:

La primera encaminada a lograr que el Extranjero no residente fuera incluido en la red nacional de donación y trasplante por parte del INS (Instituto Nacional de Salud). Esta inscripción de los pacientes en la Red de Donación y Trasplantes tiene como objeto, establecer el orden de prelación que habrá de tenerse en cuenta al momento de asignar los

componentes anatómicos disponibles que hayan sido requeridos con fines de trasplante, además de los criterios técnico-científicos.

Las acciones de tutela incoadas por ciudadanos extranjeros se presentaron por la negativa del Instituto Nacional de Salud, de incluirlos en lista de espera para un trasplante, se solicitaba al juez, como pretensión de la demanda, que se ordenara a la entidad la inclusión en la lista de pacientes candidatos a trasplantes. Igualmente, pretendían que no se tuviera en cuenta el requisito contenido en el art. 40 del decreto 2493 de 2004, que exige para poder autorizar el trasplante de órganos o tejidos a un extranjero, que no existiesen nacionales o extranjeros residentes en Colombia en las listas nacionales o regionales de espera.

La segunda pretensión, buscaba modificar los turnos asignados a esos extranjeros ya inscritos en las listas de espera nacional, para obtener prelación sobre otros pacientes que se encontraban inscritos con antelación para la obtención del trasplante. Es de anotar que con la Ley 1805 de 2016 no podrá haber prelación en ningún caso.

En algunos casos puntuales, los jueces de tutela empezaron a amparar los derechos fundamentales de los extranjeros no residentes, a la salud, vida, igualdad y dignidad humana utilizando la excepción de inconstitucionalidad, con el argumento de que el artículo 40 del decreto 2493 debía inaplicarse por contrariar normas de rango constitucional. Ello porque el artículo 100 de la constitución, en armonía con el artículo 13 de la misma carta, otorga a los extranjeros los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales y no podrán ser discriminados por razón de su nacionalidad.

Además, cuando se ven comprometidos directamente los derechos a la vida y a la dignidad de estas personas, la actuación de las entidades demandadas vía acción de tutela,

no encuentra justificación debido a la innegable prevalencia de estos derechos constitucionales sobre disposiciones de orden legal que impidan su desarrollo. Lo anterior en desconocimiento de los derechos fundamentales de los pacientes inscritos previamente en las listas de espera, en su mayoría nacionales.

Con anterioridad a las sentencias de constitucionalidad y tutela de 2010 y 2012 respectivamente, algunas tutelas entre el 2005 y 2010, ordenaban al INS (Instituto Nacional de Salud) incluir al extranjero no residente, en la red de donación y trasplante nacional (lista de espera), y una vez allí, que le fuera practicado el trasplante en el término de días, desconociendo los derechos de los nacionales y residentes extranjeros, que llevaban años esperando por un trasplante.

Es así como en la sentencia T – 170 de 2007 la Corte considera que la obligación de respetar los turnos de asignación no es absoluta y esta puede ser modificada cuando se trate de una urgencia extrema y de inminente peligro para la salud y por consiguiente para la vida del paciente.

“Sin embargo, este criterio no es de carácter absoluto, por lo cual le está dado al juez de tutela en situaciones excepcionales ordenar su alteración. Una de estas situaciones se presenta cuando, la espera a que es sometido el ciudadano resulta desproporcionada, indefinida o abiertamente irracional, y por tanto deriva en la vulneración flagrante y ostensible de sus derechos fundamentales.”

Por lo anterior, no se puede someter a una persona en estado de gravedad que los turnos establecidos sean inmodificables, pues en determinadas circunstancias de la atención inmediata del extranjero no residente o de su postergación, dependerá la efectividad de sus derechos fundamentales.”

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T – 269 de 2008, al señalar que será la persona con mayor urgencia de trasplante la que debe tener prelación frente al resto, sin importar su nacionalidad o que sea residente o no en el país.

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

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

Habida cuenta de lo anterior, no queda el menor asomo de dubitación que, respecto de los pacientes en lista de espera, es la persona con mayor urgencia de trasplante, y es precisamente esa urgencia la que la ubica en una situación de preferencia frente al resto, sin consideración, ni siquiera, a la existencia de receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera.

y agrega: ... la aplicación indistinta del supuesto contenido en el artículo 40 del decreto 2493 de 2004 conduciría al extremo de ignorar la urgencia y el apremio de quien estando en lista en un turno posterior, so pretexto de darle desarrollo a la mencionada limitación se violen mandatos superiores, máxime si se considera que

los derechos constitucionales fundamentales o de primera generación de los derechos humanos –destacados por el momento histórico en que fueron reconocidos y por la manera en que afectan al individuo- no conocen fronteras y están más allá del vínculo político de un sujeto con su Estado, como se halla implícito en el concepto de nacionalidad.”

Frente a la inclusión del extranjero en la red de donación y trasplantes del país, la Corte Constitucional ha expresado que en aras de garantizar el derecho a la igualdad se debe permitir el ingreso del extranjero no residente a las listas de espera nacional y regional como posible receptor de un trasplante, pero deberá respetar el turno de asignación, teniendo en cuenta la prelación que tienen ciudadanos nacionales, extranjeros residentes o extranjeros no residentes que se hayan inscrito con anterioridad, de acuerdo con la normatividad vigente.

“Por consiguiente, cuando el artículo acusado prescribe que el derecho del extranjero no residente en Colombia de convertirse en receptor de un componente anatómico con fines de trasplante, está condicionado a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, en el fondo no está disponiendo nada distinto a que debe respetarse el derecho de quienes previamente radicaron sus solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentando ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de los nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia.

No huelga señalar a propósito del tema, que la constatación de que no existen nacionales o extranjeros residentes en lista de espera, debe realizarse tomando en consideración el momento en el cual el extranjero no residente radica su solicitud, pues de conformidad con las ideas expuestas, es claro que los nacionales y extranjeros residentes en Colombia que formulen ese tipo de solicitudes con posterioridad a esa fecha, no pueden pretender que su solicitud sea satisfecha de manera prioritaria, desplazando al extranjero no residente en Colombia que se encuentre previamente inscrito”.(Corte Constitucional T – 1088 - 2012).

El turno de asignación que ocupan los extranjeros no residentes en las listas de espera regional o nacional ha sido el otro punto de discusión en las acciones de tutela promovidos por estas personas ya inscritas en la red nacional de donación y trasplante, pues su objetivo era lograr obtener prelación sobre pacientes nacionales, extranjeros residentes o extranjeros no residentes, inscritos con anterioridad. Por ende, lo que pretendían era solicitarle al Juez que modificara la asignación de los turnos para obtener un componente anatómico, pues consideraban que se les violaba el principio de igualdad al no respetar únicamente los criterios técnico-científicos de asignación y selección.

Frente a la inconstitucionalidad de la asignación de turnos para la prestación de servicios asistenciales, como lo es la obtención de un componente anatómico y el trasplante, por ir en contravía del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional en Sentencia T-170 de 2007, manifestó que ante la necesidad de garantizar la satisfacción de las necesidades de quienes necesitan un trasplante y dada la imposibilidad de atender en forma inmediata un requerimiento de tal naturaleza, se impone acudir a un sistema de

turnos, lo cual, en vez de reñir con el derecho a la igualdad, contribuye precisamente a la efectividad del mandato contenido en el artículo 13 de la Carta, al permitir que todas las personas tengan acceso a esta modalidad de servicios de salud.

...La inscripción de los pacientes en la Red de Donación y Trasplantes, tiene por objeto establecer el orden de prelación que habrá de tenerse en cuenta al momento de asignar los componentes anatómicos disponibles que hayan sido requeridos con fines de trasplante. Este mecanismo contribuye a resolver de manera justa y equitativa los conflictos que se originan en la concurrencia o colisión de derechos, garantizando la más absoluta imparcialidad en la atención de las solicitudes de quienes abrigan la esperanza de recuperar o restablecer su salud. En ese sentido, el turno de inscripción otorga al interesado una prelación frente a las demás personas que hayan formulado su solicitud en fecha posterior y obliga al órgano competente a evacuar las solicitudes en forma cronológica.

Por consiguiente, cuando el artículo acusado prescribe que el derecho del extranjero no residente en Colombia de convertirse en receptor de un componente anatómico con fines de trasplante, está condicionado a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, en el fondo no está disponiendo nada distinto a que debe respetarse el derecho de quienes previamente radicaron sus solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentando ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de los nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia”.

...Bajo esa perspectiva y de acuerdo con la normatividad vigente, se hace indispensable organizar “listas de espera”, que tengan en cuenta, por una parte, la urgencia vital con que se requiera el procedimiento, y, por otra, el orden cronológico de inscripción en la lista, con lo cual se está estableciendo una relativa equidad, y todas las personas quedan en igualdad de condiciones, cediendo solamente ante quien tenga mayor riesgo de muerte o pérdida funcional, inevitable por medios distintos al trasplante. Lo fundamental es mantener, en todo caso, la posibilidad de acceso a los trasplantes para toda persona que los necesite, sin más limitaciones que la disponibilidad de órganos o tejidos y la histocompatibilidad científica previamente demostrada”.

Así mismo en el proceso de Nulidad bajo el radicado 11001-03-24-000-2006-00121-00 de 2010, sección primera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, en lo que refiere a la modificación del turno de asignación se manifestó:

En principio, ningún ser humano es más importante que otro, y por ello, frente a peligros graves para la salud o la vida no es lícito establecer a priori discriminaciones basadas en el origen nacional de las personas. Así las cosas, la histocompatibilidad de las células, los órganos y los tejidos, y la urgencia de su trasplante, deben ser los únicos criterios que se deben tener en cuenta en el momento de escoger el receptor de un componente anatómico de tal naturaleza.

De todo lo anterior se desprende, que el proceso de asignación de componentes anatómicos a los pacientes, se debe realizar de conformidad con unos criterios técnicos-científicos que cumplan con el principio de equidad y justicia social, por cuanto la asignación se efectúa conforme a la compatibilidad donante-receptor, dentro de los cuales se encuentra el turno en la lista de espera.

Pero se debe tener claridad que este último criterio no es el que define la asignación del órgano, ya que existen otros de mayor relevancia como el estado de salud del receptor y la edad del mismo. La aplicación del artículo 40 del decreto 2493 de 2004, sin previa valoración del caso en concreto puede conllevar a que se trasgredan normas de la carta constitucional, y así mismo los derechos humanos reconocidos por el Estado Colombiano y predicable de toda persona.

Un ejemplo de esto se evidencia cuando ese nacional o extranjero residente, posible receptor de un trasplante de órgano que obligatoriamente tiene que estar afiliado al sistema de seguridad social en salud ya sea al régimen contributivo o al subsidiado, se le imponen unas cargas adicionales de carácter administrativo que se deben cumplir para poder obtener su trasplante.

La inconstitucionalidad del artículo 40 del decreto 2493 de 1994, se debatió en el proceso de Nulidad bajo el radicado 11001-03-24-000-2006-00121-00 de 2010, sección primera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. En dicho proceso, el actor consideró que el precepto acusado contradecía el espíritu de la universalidad que es propia de los derechos humanos, así como el derecho a la igualdad, al darle un tratamiento

discriminatorio a los extranjeros no residentes en el país. Consideraba, que todas las personas, independientemente de cuál fuera su origen o su lugar de residencia, tenían el derecho de acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, pues en esta materia no puede hablarse de nacionales y extranjeros o de residentes o no residentes, sino de personas.

Al respecto el Consejo de Estado se pronunció de la siguiente manera:

“La Sala estima que no es válido afirmar que se haya establecido un tratamiento discriminatorio al disponer que la no existencia de receptores **nacionales** o de **extranjeros residentes** en lista de espera nacional o regional, es una condición sine qua non para que aquellos puedan acceder a la posibilidad de un trasplante de órganos o tejidos de origen humano.

A diferencia de lo que afirman la parte actora y el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, esta Corporación encuentra que efectivamente la norma acusada en vez de discriminar a los extranjeros no residentes en Colombia y de desconocerles o limitarles el derecho que tienen de convertirse en receptores de un componente anatómico, produce en realidad un efecto radicalmente distinto, al permitir que tales personas tengan la posibilidad de recibir el trasplante del órgano o tejido humano que requieren para la recuperación o restablecimiento de su salud...

... también es del caso traer a colación que si bien el artículo 13 de la Carta consagra el derecho a la igualdad y proscribe todo tratamiento discriminatorio fundado en el origen nacional de las personas, dicho mandamiento constitucional es morigerado en sus alcances por el artículo 100 de la propia ley de leyes, cuando autoriza la limitación o supresión de algunos derechos civiles de los extranjeros, en

aquellos eventos en los cuales medien razones de orden público debidamente justificadas, sin soslayar desde luego la naturaleza del derecho involucrado”.

Subrayas fuera de texto original.

la Sala considera que el artículo 40 del Decreto acusado, en vez de establecer un tratamiento discriminatorio hacia los extranjeros no residentes en Colombia, les está haciendo extensivo el derecho de convertirse en receptores de componentes anatómicos de origen humano, bajo la condición que dé al momento de reclamar su derecho se encuentren en el territorio nacional. No existiendo entonces en este caso ningún tratamiento que pueda calificarse de discriminatorio, habrá de denegarse la nulidad de dicho artículo”.

La realidad social que sirvió como fuente de la anterior interpretación en sede de constitucionalidad, se debió a que muchos extranjeros que por recomendaciones de sus médicos tratantes y ante la imposibilidad de obtener un trasplante en su país de origen, ya sea porque no se contaba con la tecnología y el talento humano necesario para la realización de dichos procedimientos, o porque la tasa de donantes de órganos era muy baja o simplemente por razones económicas, presentaban su solicitud a través de representantes en Colombia para ser incluidos en las listas de espera y ante la negativa de las autoridades pertinentes interponían la acción de tutela. Una vez tutelados sus derechos y con la orden del juez de incluirlos en las listas de espera viajaban a nuestro país a esperar el donante compatible y por ende la realización del procedimiento quirúrgico. (Perilla, 2009, 22 de octubre. Guzmán, marzo – 2011. Séptimo Día, 2012, 27 de enero).

En el mismo sentido que el Consejo de Estado se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias T – 1088 de 2012 y T – 728 de 2016.

“Así las cosas, se advierte que el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 consagra un trato preferente para los nacionales y extranjeros residentes en el territorio nacional respecto de los extranjeros no residentes, sin embargo, ello encuentra justificación en las diferencias que existen entre unos y otros, pues si bien todos pueden requerir un trasplante de componente anatómico, solo los nacionales y extranjeros residentes deben cumplir permanentemente con los deberes que les impone la Constitución Política de 1991 y la ley, lo que les permite exigir del Estado Colombiano la garantía de sus derechos fundamentales, mientras que los extranjeros no residentes, en razón a su corta permanencia en el país, por ejemplo, no contribuyen con el sostenimiento del sistema de seguridad social, entre otras, obligaciones.

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

En ese orden de ideas, considera la Sala que el tratamiento diferenciado consagrado en la referida normatividad, es legítimo, en la medida en que busca garantizar los derechos fundamentales de los pacientes nacionales y extranjeros

residentes que se encuentran en las listas de espera y, a su vez, pretende desincentivar el turismo de trasplante en el país”.

De las anteriores consideraciones se desprende que el artículo 40 del decreto 2394 de 2004 es constitucional. Deja claro que los extranjeros no residentes, gozan del derecho al trato igual y asegura la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales. Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que le impone la Ley a los nacionales. Por ende, los extranjeros que pretendan ser trasplantados en nuestro país no solamente deben acogerse a las dos condiciones allí planteadas, sino que deben encontrarse en territorio nacional al momento de realizar la solicitud.

Los argumentos esbozados por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional frente al tema de la prelación, se trasladó puntualmente a la nueva legislación de trasplante de órganos y tejidos (Art. 10 Ley 1805 de 2016), donde quedó claro que los nacionales y extranjeros residentes tendrán prelación frente a los extranjeros como receptores de un componente anatómico o tejido.

Pero esta nueva ley con escasos meses de vigencia no ha sido reglamentada, ni sus normas han sido objeto de interpretación constitucional, por lo que las autoridades administrativas y judiciales, se deberán ceñir a las interpretaciones anteriores que la Corte Constitucional ha hecho sobre la materia, pero teniendo en cuenta, que en materia de

trasplante de órganos en extranjeros no podemos hablar de precedente jurisprudencial, al no existir más de tres fallos consecutivos con los mismos argumentos.

Es de anotar que, en ninguna de las sentencias mencionadas con anterioridad a la sentencia de constitucionalidad del art. 40 del Decreto 2494 de 2004, se hace un análisis sobre el ordenamiento jurídico interno en aplicación al bloque de constitucionalidad en materia de salud y de normas externas de “hard law” y “soft law”, aplicables al trasplante de órganos en extranjeros, para conceder o negar protección a sus derechos fundamentales. Pero en la sentencia de constitucionalidad del art.40 en mención y en la sentencia T-1088 de 2012 tanto en Concejo de Estado como la Corte Constitucional, reconocen la aplicación al caso concreto, de normas internacionales en la materia, como las declaraciones de Mar de Plata, Estambul y Bogotá.

Este punto será el eje central del tercer capítulo, pues se argumentará, que al ser el acceso a la asistencia sanitaria un derecho humano y tener como fuente primordial la declaración universal de los derechos humanos, las declaraciones suscritas por el Estado colombiano en materia de trasplante de órganos gozan de plena aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y deben tenerse en cuenta como parámetros de interpretación a la hora de autorizar o, no el trasplante de órganos en extranjeros y por ende de imputar responsabilidad a la administración por dicha autorización, ya sea por vía administrativa o judicial.

La responsabilidad patrimonial del estado frente a terceros, por la autorización del trasplante de órganos a extranjeros no residentes.

En el caso de la responsabilidad administrativa se ha considerado que para que exista, se requiere de una actuación de la administración a través de un agente suyo en ejercicio de su actividad, que pueda calificarse como una actuación irregular anormal, que genere un daño que afecte la integridad física, moral (perjuicios inmateriales) o patrimonial (perjuicios materiales) de una persona, y que exista un nexo causal entre dicha actuación y el daño, que permita inferir que este último es consecuencia de aquella y de esta manera poder imputar el daño a la misma.

6. La actuación de la administración

Para que surja la obligación de reparar el daño, se requiere en principio, que la actuación de la administración pueda calificarse de irregular o anormal.

Como se ha venido evidenciando en los capítulos anteriores, la autorización a extranjeros no residentes en Colombia de obtener un trasplante de órganos y tejidos vía acto judicial o acto administrativo es ilegal o irregular, porque así lo prohíbe el ordenamiento jurídico colombiano.

Las actuaciones irregulares de la administración se han considerado criterio sustancial para atribuir responsabilidad a la misma por su funcionamiento anormal o su inactividad, y han servido de fundamento de la teoría francesa de la falla del servicio para imputar responsabilidad a la administración e imponer la obligación a la misma de

indemnizar los perjuicios causados, con ocasión de dicha actuación u omisión. (Güecha, C.N. 2012 pág. 97).

La falla del servicio hace referencia al incumplimiento de una obligación preexistente, por desconocimiento o transgresión de un contenido obligacional por parte de una autoridad estatal, en detrimento de los derechos subjetivos de la víctima, que se desprende de la constitución, la ley o la jurisprudencia.

“...La falla del servicio es entonces la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política. Estas dos Maneras de abordar el contenido obligacional en lo que al Estado respecta, y que permitirá concluir que hay falla del servicio cuando la acción o la omisión estatal causantes de perjuicio lo ha infringido, lejos de excluirse se complementan, como pasa a verse para el caso en estudio.” (Consejo de Estado, No. 3510 – 1990).

Pero para hablar de imputación a la administración por falla en el servicio, se deben demostrar tres elementos para la prosperidad de las acciones indemnizatorias. Una falta o falla del servicio, referida a la violación de las obligaciones impuestas al Estado por el ordenamiento jurídico, donde se requiere establecer si un determinado servicio, que debía prestarse en el evento concreto, funcionó mal, no funcionó o se hizo tardíamente.

El funcionamiento anormal de la administración comprende tanto las actuaciones personales de los agentes estatales que, con su actuación ilegal y culpable hayan causado un

daño antijurídico, como las actuaciones anónimas de carácter ilícito o ilegal que se puedan atribuir a la administración en virtud del ejercicio de su función.

El no funcionamiento o la inactividad se materializan en la infracción, pero por omisión de un deber legal de hacer, que no sea materialmente imposible para la administración. Esto significa que la administración está obligada a la gestión de dicha actividad, creando una expectativa legítima en los administrados y de confianza en que cumplirá con las obligaciones que asume.

Y funciona tardíamente, cuando debiendo operar el servicio, para alcanzar un determinado fin o un cierto propósito, no los alcanza o no lo hace en forma que ellos puedan conseguirse, o lo hace a destiempo o, finalmente, no opera. "...el carácter deficiente o insuficiente del comportamiento administrativo que impide la realización plena del deber impuesto, lo que se traduce en una omisión relativa". (Saavedra, R. 2011 pág. 250). La expresión, "cuando debiendo operar el servicio", significa la necesidad de que exista una norma constitucional, legal o reglamentaria que contenga obligaciones a cargo de una determinada persona para realizar la acción o las acciones con las cuales se pueda evitar la ocurrencia de un daño y consecuentes perjuicios.

De acuerdo a lo anterior, debemos precisar las obligaciones que pesan sobre el Estado colombiano en materia de trasplante de órganos y tejidos frente a sus nacionales, extranjeros residentes y no residentes, y verificar el cumplimiento de la actuación administrativa o judicial, en función de tales obligaciones y sus efectos.

Bajo este marco teórico y en referencia a la situación fáctica bajo estudio, se observará, qué normas constitucionales, legales y reglamentarias, existen a cargo del Estado colombiano para realizar las acciones tendientes a garantizar y proteger los derechos

fundamentales a la salud, vida y dignidad humana de los nacionales y extranjeros residentes en listas de espera, para obtener un trasplante de órganos o tejidos en el país.

Para determinar si, en la actuación del Estado colombiano frente a la autorización de trasplante de órganos en extranjeros no residentes por vía judicial o administrativa, se ha incurrido o no en falla en el servicio, es necesario precisar cuál es la obligación genérica y específica del mismo de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, y si efectivamente, se cumple o no con ese deber legal.

6.1 Obligación constitucional

Artículo 48: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestara, bajo la dirección, coordinación, control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. El Estado con la participación de los particulares, ampliará la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley...”

Este artículo debe ser interpretado en concordancia con el art 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás normas concordantes, donde se manifiesta que la seguridad social es un derecho esencial a la dignidad humana, concebido como la cobertura integral de sus contingencias y la garantía de los medios para el desarrollo pleno de su personalidad y su integración permanente en la comunidad.

El artículo 49: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad”.

Se observa que este artículo en concordancia con el art. 12 y 25 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos respectivamente, establece el derecho de toda persona, al acceso, protección, atención y la recuperación en materia de salud, toda vez que se debe asegurar el disfrute del más alto nivel de la salud física y mental.

Artículo 93. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario al orden jurídico colombiano y de aquellos derechos considerados como inherentes a la persona humana, de acuerdo con la adopción del “bloque

de constitucionalidad”, han establecido una nueva jerarquía en el ordenamiento jurídico interno colombiano que les otorga prevalencia sobre la ley, otorgándoles la capacidad para sobreponerse a otras normas, modificándolas o dejándolas sin vigencia. Por ende, cuando se presentan diferencias o contradicciones entre una norma internacional de derechos humanos y una norma interna, el contenido de aquella se impone sobre esta, siempre y cuando la norma internacional comporte un mayor ámbito de vigencia de los derechos, y una mayor garantía que la ofrecida por la norma interna.

Artículo 94. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Las listas de derechos fundamentales y constitucionales, en virtud de este artículo pueden ser siempre ampliadas y complementadas de acuerdo con las nuevas exigencias históricas y de las nuevas posturas jurídicas internas como externas, sin necesidad de que emanen de la voluntad del legislador, ni de la existencia de reconocimiento constitucional expreso.

Artículo 100. “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Asimismo, los extranjeros gozarán,

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

Existe la posibilidad de establecer por razones de orden público, limitaciones a los derechos civiles de los extranjeros, que los sitúen en una posición de desigualdad frente a los nacionales. Esto ocurre en diferentes materias, como las impuestas en materia de salud, donde se prohíbe el trasplante de órganos y tejidos a extranjeros. Aunque en materia de protección de derechos fundamentales como la salud, la Corte Constitucional ha aceptado que estos derechos se deben respetar y garantizar dentro del territorio colombiano a toda persona, sin discriminación alguna por su raza u origen.

6.2 Obligación legal

Ley 100 de 1993.

Artículo 3 “El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. Este servicio será prestado por el sistema de seguridad social integral, en orden a la ampliación progresiva de la

cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley”.

Por su parte, el artículo 152 de la misma ley, establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS y señala como uno de sus objetivos, el crear las condiciones de acceso a los servicios de salud para todos los habitantes de Colombia, a través de un Plan Obligatorio de Salud POS (ahora Plan de Beneficios en Salud), este último regulado en el artículo 162.

Artículo 156. Establece las características básicas del sistema general de seguridad social en salud. “El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

b. Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales”.

Artículo 162. PLAN DE SALUD OBLIGATORIO. “El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención,

diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”.

Artículo 168. Atención inicial de urgencias. “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. (...)”

Ley 1438 de 2011

Artículo 32. Al referirse a la universalización del aseguramiento, dispuso: “Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional desarrollará mecanismos para garantizar la afiliación. (...)”

Parágrafo 1o. A quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario. (...)”

En ese mismo sentido se pronunció el legislador en la Ley Estatutaria de salud.

Ley 1751 de 2015.

Artículo 6. Establece como uno de los principios del derecho fundamental de la salud, el siguiente: “El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

(...)

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida.

(...)

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. “Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

(...)

b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno.”

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. “Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia”.
(...)

De acuerdo con la normativa reseñada en desarrollo del art. 48, 49 y 100 Constitucional, debe indicarse que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es aplicable como garantía de la protección de la salud a todas las personas residentes en el territorio nacional, sin discriminaciones de ningún orden, ni de edad, sexo, raza o ideologías, teniendo un carácter de obligatorio e irrenunciable.

Además, la ley 100 de 1993, disponen que la salud constituye un servicio público esencial, imponen un deber en cabeza de la administración, para quien es obligatorio asegurar el acceso a las prestaciones derivadas del mismo. Así deberá en algunos casos adquirir el papel de operador o concretar su participación en la conformación de entidades con capital mixto, y siempre asumir la labor de verificar que todas aquellas organizaciones públicas o privadas que quieran encargarse de la actividad reúnan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico como necesarios para asegurar unos estándares mínimos de calidad.

El derecho se posibilita en el momento en que el ordenamiento jurídico le reconoce a la persona la facultad de requerir y exigir por parte del Estado la atención inmediata para promover, conservar o restaurar la situación de bienestar descrita. En caso de la salud, es un derecho condicionado en su requerimiento a la existencia de una infraestructura (sistema de seguridad social en salud), de forma tal que una vez se ingresa se presenta el presupuesto

para demandar su eficacia, pues el legislador ya ha determinado como se puede materializar, puesto que en las normas legales que reconocen directamente contenidos prestacionales, y en el mínimo que debe tener derecho toda la población que se encuentran contenidos en la ley estatutaria de salud. Así el carácter asistencial del que se habla cobra mayor importancia en aquellos casos en los que el individuo necesita una atención inmediata o una intervención puntual que le permita recuperarse, de forma tal que la dilación por parte de quien está obligado a prestar el servicio o la negativa por razones económicas por costos médicos o de tratamientos no son argumentos admisibles constitucionalmente. (GIL, 2012 págs. 32 y 33).

Frente a la atención en salud de pacientes extranjeros que están de paso en Colombia, se tiene que, tratándose de la atención de urgencias, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 67 de la Ley 715 de 2001 y 10 de la Ley 1751 de 2015, toda persona nacional o extranjera tiene derecho a recibir la atención inicial de urgencias. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en varias ocasiones donde ha reiterado su jurisprudencia al respecto (Corte Constitucional, T 314 de 2016).

Derechos de los extranjeros en Colombia-Alcance:

“La Corte reitera las reglas jurisprudenciales en las que se establece 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”.

En materia de reconocimiento de derechos económicos, sociales culturales a los extranjeros, como a la seguridad social, la Corte Constitucional en sentencia C-834 de 2007, al hacer un análisis de los derechos a la igualdad, trabajo y seguridad social de los extranjeros, indicó que todos los extranjeros que se encuentren en territorio colombiano tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de necesidad y urgencia, con el fin de atender sus necesidades básicas.

..., “la Corte ha sostenido que toda persona, incluyendo por tanto a los extranjeros que se encuentren en Colombia, tienen derecho a un mínimo vital, en tanto que manifestación de su dignidad humana, es decir, un derecho a recibir una atención mínima por parte del Estado en casos de externa necesidad y urgencia, en aras a atender sus necesidades más elementales y primarias. De tal suerte que, al legislador le está vedado restringir el acceso de los extranjeros a esas prestaciones mínimas, en especial, en materia de salud, garantizadas en diversas cláusulas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano”.

Teniendo en cuenta la normatividad expuesta, vale la pena reiterar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentra previsto para todas aquellas personas

que residan en el territorio nacional, entendiendo por residente en el caso del extranjero, a aquel que se encuentre domiciliado y cuente con un documento que lo acredite como tal, conforme a los requisitos legales de que trata el Capítulo 11, alusivo a Disposiciones Migratorias del Decreto 1067 de 2015.

En este orden de ideas, debe indicarse que no se ha previsto por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una cobertura especial para los extranjeros que se encuentren de paso en el país, razón por la que al momento de ingresar deberán contar con una póliza de salud que permita la cobertura ante cualquier contingencia derivada por este motivo, de lo contrario la prestación del servicio de salud, deberá ser sufragada con sus propios recursos.

Ahora bien, teniendo claro que en Colombia a los extranjeros solo se les podrá garantizar sus derechos en materia de salud, en el nivel de urgencias y que, como se evidenció en el capítulo anterior, podrán solicitar dicha protección por parte de las autoridades colombianas en vía tutela, es necesario a continuación recordar la normatividad vigente frente a la prohibición existente en el ordenamiento jurídico colombiano de que un extranjero pueda ser sujeto de un trasplante de órganos en nuestro país, para poder determinar la responsabilidad de la administración, como objeto de estudio del presente trabajo.

Decreto 2493 de 2004

Artículo 40: Prestación de servicios de trasplante o implante a extranjeros no residentes en Colombia. “La prestación de servicios de trasplante de órganos o implante de tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, podrá

efectuarse siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención.

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

Ley 1805 de 2016

Artículo 10: Se prohíbe la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, salvo que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del donante.

El Ministerio de Salud podrá autorizar de manera transitoria los trasplantes a extranjeros no residentes cuando se compruebe debidamente que los tejidos

disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna. En todo caso los nacionales y los extranjeros residentes tendrán prelación.

Parágrafo. Cuando el receptor sea cónyuge o compañero permanente, se deberá probar además una convivencia superior a dos (2) años después de celebrado el matrimonio o reconocida la sociedad de hecho.

Del análisis de estas reglas, realizada en el capítulo anterior, se colige que los dos artículos en mención **son una limitación al ejercicio de los derechos civiles de los extranjeros** contenida en el art. 100 constitucional, donde por razones de orden público (normas, reglas y principios que regulan el desenvolvimiento armónico de la sociedad y fundamental en la existencia digna de la misma) actúa como límite a la libertad de los seres humanos.

Con fundamento en la anterior normatividad, es necesario preguntarse ¿sí el Estado Colombiano tiene el deber constitucional y legal de proteger el derecho fundamental a la salud y a la vida de sus nacionales y extranjeros residentes, frente a los extranjeros, en materia de trasplante de órganos o tejidos, y sí debe garantizar la prestación de dicho servicio, con prelación sobre sus nacionales o extranjeros residentes? Si el Estado colombiano tenía ese deber, ¿cumplió con dicha obligación? ¿Se le estaba exigiendo al Estado colombiano algo imposible de cumplir?

Frente al primer cuestionamiento podemos manifestar que sí, es deber del Estado Colombiano proteger y velar por la salud y la vida de sus nacionales y extranjeros residentes en materia de trasplante de órganos, no solo por su condición de afiliados de

manera obligatoria al sistema de seguridad social en salud (carga administrativa impuesta por la ley para poder acceder a servicios de salud en Colombia), ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, sino además, porque constitucionalmente, en razón a la ejecución de las finalidades del Estado y en aplicación del bloque de constitucionalidad, debe proteger la salud, la vida e integridad personal de los pacientes, por el simple hecho de tratarse de un ser humano.

En materia de trasplantes de órganos, trayendo a colación la última sentencia de la Corte Constitucional (T - 728 de 2016) en materia de trasplante de órganos en extranjeros no residentes en Colombia, manifiesta que “...el Decreto Reglamentario 2493 de 2004 establece que el trasplante podrá efectuarse, siempre y cuando no existan en lista de espera regional o nacional receptores colombianos o extranjeros residentes. En otras palabras, la norma otorga un trato preferencial a los nacionales y a las personas con residencia en el país frente a los extranjeros que sólo se encuentran de manera temporal en el territorio colombiano”.

Frente al segundo interrogante, tenemos que el Estado colombiano no ha cumplido con la obligación de proteger los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana de algunos nacionales y extranjeros residentes que esperan por un trasplante de órganos o tejidos (como se evidenció en capítulo anterior con las estadísticas del Instituto Nacional de Salud). Ha sido la necesidad de proteger y garantizar los derechos a la igualdad, salud y vida de los extranjeros dentro de su territorio, lo que ha llevado tanto a autoridades judiciales y administrativas en cumplimiento de decisiones judiciales (inclusive con posterioridad a la sentencia de constitucionalidad del artículo 40 del Decreto 2493) a desconocer la normatividad vigente en materia de trasplantes de órganos y tejidos, y por

ende a realizar una indebida interpretación de dicho marco jurídico en su aplicación frente a extranjeros.

La anterior situación, se configura como la causa adecuada del daño de los consiguientes perjuicios ocasionados a los nacionales y extranjeros residentes, toda vez que se ha generado un conflicto de intereses legítimos frente a los nacionales y extranjeros residentes, que se ha configurado en algunos casos, en la falta de protección y garantía de sus propios derechos fundamentales de manera preferente sobre los derechos de los extranjeros, y por ende en la falta de eficiencia en la prestación del servicio de salud en materia de trasplante para ellos, no solo en contravía de la normatividad vigente sino también de los compromisos internacionales pactados y asumidos por el propio Estado.

El Estado Colombiano asume un papel de garante, asumiendo competencias, obligaciones y deberes frente a la prestación de servicios públicos como el de salud, por ende, en caso de incumplimiento de esos deberes constitucionales, legales y convencionales se hace posible la imputación de responsabilidad.

Y respecto del último cuestionamiento, es innegable que no se le está exigiendo al Estado colombiano algo imposible de cumplir ya que, atendidas sus obligaciones constitucionales y legales frente a la prestación de los servicios públicos en actividades de naturaleza prestacional como el servicio de salud, él es el titular de la actividad y por ende el garante de la cobertura del servicio de salud en condiciones de calidad y universalidad, así el servicio sea prestado por un particular (a través de un título habilitante). Además, cuando se trate de la prestación de servicios que tienen la connotación de ser vitales para el bienestar de la colectividad, debe garantizar su prestación de forma ininterrumpida.

El Estado como garante de la calidad y universalidad en la prestación del servicio médico asistencial tiene unas funciones que le son irrenunciables, entre ellas la generación de infraestructura necesaria para asegurar que el servicio llegue a toda la población en igualdad de condiciones y la promoción de la ciencia y tecnología. Y por último la certeza de que el servicio sea prestado a aquellas poblaciones que se encuentran en desventaja y que no tienen capacidad de pago. (Gil, H. 2012. pág. 26)

En este punto es importante recordar la definición de turismo de trasplante ampliado en la Declaración de Estambul (... se configura también un turismo de trasplantes, si los recursos -órganos, profesionales y recursos hospitalarios- que se necesitan para realizar trasplantes de órganos a pacientes extranjeros, debilitan la capacidad del país de ofrecer estos servicios a sus nacionales), ya que el sistema de salud colombiano no cuenta con los recursos necesarios en infraestructura hospitalaria, personal médico idóneo, para asegurar que el servicio sea en igualdad de condiciones frente a sus mismos asociados, ahora mucho menos para prestar servicios de trasplantes a extranjeros.

Lo anterior quedó evidenciado en el desarrollo del segundo capítulo donde se observó que en Colombia solo 26 IPS (Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud) que se encuentran ubicadas en las 6 regionales, así: Bogotá – 13; Medellín -5; Valle – 3; Bucaramanga -2; Atlántico – 2; y Huila -1 (INS. 2256-408X -2014), se encuentran habilitadas para realizar procedimientos de trasplantes de órganos, siendo la mayoría instituciones privadas, es decir que para que el Estado garantice la prestación del servicio de trasplante a sus nacionales o extranjeros residentes deberá contar con contratos o convenios realizados con dichas instituciones, que dependerá exclusivamente de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud.

Aquí se observa que de esta manera es muy difícil que el servicio llegue en igualdad de condiciones a todos quienes lo necesiten, en especial porque la mayoría de la población se encuentra en desventaja económica y administrativa a la de un extranjero, que sabe que debe tener capacidad económica para sufragar los gastos que implica un trasplante y que no tendrá que lidiar con los trámites administrativos que esto implica.

7. Un daño

El DAÑO, como elemento fundamental de la responsabilidad (sin perjuicio no hay responsabilidad), es toda lesión a los intereses lícitos de una persona, derechos pecuniarios o no pecuniarios, individuales o colectivos, que se presentan como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico, y que gracias a la acción judicial es objeto de reparación (siempre que existan los otros elementos de la responsabilidad, ya que el daño es requisito indispensable, pero no suficiente).

El daño puede definirse como la alteración negativa de un estado de cosas existentes, es decir, es la aminoración económica sufrida por la víctima en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales. (Henao, 1998 pág. 84).

El daño recae sobre un derecho o interés jurídicamente protegido, pues quien reclama ser indemnizado debe demostrar que el daño gravitó sobre una situación jurídicamente protegida, o bien que su pretensión se ampara en un título legítimo y es por ello que tiene derecho a una reparación, pues no está obligado a soportarlo y esto lo torna en antijurídico (vocación de indemnizable).

Frente al daño antijurídico ha conceptualizado así el Consejo de Estado En sentencia del 21 de octubre de 1.999, expedientes acumulados 10948 y 11643. M. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

“...Según se ha visto, condición necesaria para que se desencadene la reparación, es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de **constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación..”**

“Este punto lo explica así el profesor García de Enterría: “la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de estas hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto”.

“Adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual la C.P. impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento.”

El daño debe ser personal, ya que la persona afectada con el daño padecido lo relaciona con el derecho subjetivo del cual es titular y que han sufrido un menoscabo; cierto, determinado o determinable, porque existe la certeza de su ocurrencia, y que lo ha sufrido una persona determinada o determinable en su patrimonio. Es el elemento determinante de la responsabilidad patrimonial y común de las distintas formas de responsabilidad, convirtiendo así la obligación de reparación en una consecuencia necesaria del daño.

Definido el concepto de “daño”, corresponde enseguida confrontar los elementos integradores de dicha noción, con los supuestos de hecho de los que se pretende derivar la responsabilidad patrimonial del Estado frente a terceros afectados (nacionales o extranjeros residentes) en el caso de trasplante de órganos en extranjeros.

Es claro que los nacionales y extranjeros residentes que se encuentran inscritos en las listas de espera nacional y regional, a la espera de ser llamados como posibles receptores de un trasplante de órganos (con donante cadavérico), tienen un interés legítimo preferente, protegido por la constitución la ley y los convenios internacionales tanto de “hard law” como de “soft law”, frente a los intereses de los extranjeros en idéntica situación dentro del territorio nacional, tal y como se evidenció en la primera parte de este capítulo.

Como consecuencia del desconocimiento de los derechos subjetivos en mención de colombianos y extranjeros residentes por parte de autoridades judiciales, al reconocerle a extranjeros derechos de inscripción en listas de espera regional y nacional y hasta prelación para obtener un trasplante; y por parte de las autoridades administrativas encargadas de ejecutar las decisiones judiciales impuestas en contravía del ordenamiento jurídico, se han

configurado daños antijurídicos que no tenían el deber legal de soportar, que les han ocasionado un sinnúmero de perjuicios (materiales e inmateriales) que deben ser reparados.

El daño en este grupo de personas se torna personal, cuando a un extranjero (atendiendo los criterios técnico científicos de asignación de órganos), se inscribe en las listas de espera y se le da prioridad para acceder al trasplante sobre un colombiano o extranjero residente que también es compatible con el órgano a trasplantar, a sabiendas de que este procedimiento está prohibido por el ordenamiento jurídico colombiano, pues la norma protege los intereses de los nacionales y residentes en materia de trasplantes de órganos.

Se convierte en cierto y determinado o determinable, en el momento que el extranjero es trasplantado con preferencia sobre el nacional o residente que también era compatible con el órgano trasplantado. La persona afectada es plenamente identificable, porque al obtenerse el órgano y sus estudios de compatibilidad por parte de las instituciones médicas, se activa el sistema nacional de trasplantes y se asigna el órgano de acuerdo a listas regionales y nacionales de espera, tal y como se explicó en el segundo capítulo. Por esta razón una vez identificada la persona, se pueden determinar los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a la misma, incluso hablar de su pérdida de oportunidad de recuperar su salud y hasta su vida como un perjuicio autónomo, independientemente del desenlace final de su situación médica.

Frente a la pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo ha manifestado el Consejo de Estado lo siguiente:

“la pérdida de la oportunidad o pérdida del chance” a la cual la Sala se refiere enseguida. (...) La pérdida de la oportunidad, en materia médica establece la

responsabilidad de los prestadores de servicios médicos y hospitalarios en aquellos casos en los cuales no se brindan al paciente todos los tratamientos y cuidados adecuados y oportunos, aun cuando estos no garanticen totalmente que el daño se hubiera evitado. (...) la pérdida de la oportunidad hace referencia, como su nombre lo indica, a la disminución en la probabilidad de haberse evitado el daño que finalmente se causó, planteamiento que, pese a la facilidad en su formulación, ha presentado desde antaño una gran dificultad en su aplicabilidad. (...) esta Subsección ha precisado que la pérdida de la oportunidad se traduce en un perjuicio autónomo, diferente del daño final al que realmente se vio sometido el paciente”. (Consejo de Estado, No. 19001-23-31-000-1998-01005-01(21726), 2012).

Una vez analizada la actuación de la administración y el daño, y partiendo de la base que la acción de la administración, tanto de sus autoridades judiciales como administrativas es irregular en materia de autorización de trasplantes a extranjeros, debemos desarrollar la relación de causalidad para determinar, si la mencionada actuación es la causa adecuada del daño ocasionado a los nacionales y extranjeros residentes que pierden la oportunidad de salvar sus vidas o recuperar su salud.

8. Una relación de causalidad entre la actuación de la administración y el daño.

Entre la falla del servicio y el daño, debe existir una relación de causalidad, es decir que el daño debe ser efecto o resultado de esa falla o falta del servicio. Ya se dejó establecido la existencia de la falla y la existencia del daño. Se procede a examinar ahora, si entre estos dos elementos, en el caso que se estudia, se presenta una relación de causalidad.

Solo son jurídicamente causa del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo, es decir se deben considerar como causas jurídicas del daño, solo aquellas que contribuyen a su producción, desechando las que simplemente se consideran como condiciones.

“Sin embargo, la exigencia de un nexo de causalidad responde a una necesidad lógica. El permite determinar el titular de la obligación que el mecanismo de la responsabilidad contribuye a definir ese vínculo de causalidad puede encontrarse, en primer lugar, en la prueba de que la administración ha incurrido un hecho dañoso: en tal caso su condena a indemnizar a la víctima se acompaña de la afirmación de una obligación a su cargo para el futuro. El nexo de causalidad puede manifestarse a demás en el vínculo con el servicio: la administración deberá entonces asumir una obligación relativa a su funcionamiento que puede traducirse ya sea en la revisión de las condiciones de vinculación de sus servidores, o en la manera en cómo se está ejerciendo el poder de instrucción, o e fin en la verificación de sus estándares de prestación del servicio”

(Saavedra R. 2011 pág. 551)

El desconocimiento de la normatividad vigente en materia de trasplantes de órganos y tejidos, así como la indebida interpretación de dicho marco jurídico en su aplicación frente a extranjeros, por parte de las autoridades judiciales en sede de tutela y posteriormente por autoridades administrativas en cumplimiento de decisiones judiciales a través de actos administrativos otorgados por el Instituto Nacional de Salud, se configura como la causa adecuada del daño como último elemento de la responsabilidad, para poder imputar responsabilidad a la administración.

En este punto entraremos a analizar como la Corte Constitucional y por ende jueces de tutela en aplicación de la jurisprudencia como criterio auxiliar (acá no podemos hablar de precedente, pues no se configuran sus elementos), incurrieron en una vía de hecho judicial y por ende en error judicial por defecto sustantivo, al desconocer normas de rango legal y supra legal por aplicación indebida y error grave en su interpretación, al autorizar trasplantes a extranjeros no residentes, con desconocimiento de los derechos humanos de nacionales y extranjeros residentes.

El razonamiento se centrará en que al ser el acceso a la asistencia sanitaria un derecho humano y tener como fuente primordial la declaración universal de los derechos humanos, las declaraciones suscritas por el Estado colombiano en materia de trasplante de órganos (Mar del plata, Estambul, Bogotá y Madrid, que no son vinculantes y hacen parte del mundo del derecho blando “soft Law”, desde el punto de vista internacional) deben tenerse en cuenta como parámetros de interpretación a la hora de autorizar o, no el trasplante de órganos en extranjeros.

La discusión del “Soft law” o derecho flexible o blando se centra, en si se considera como fuente del derecho internacional público y por ende fuente de obligaciones

internacionales. Se debe tener claro que el valor jurídico de los instrumentos jurídicos asociados al “soft law” no constituyen fuentes formales del derecho internacional, aunque no por ello deben ser ignorados por los juristas internacionales. “...busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carente de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica”. (TORO I. 2006 pág. 519)

Son instrumentos que en principio carecen de rango normativo en sentido convencional, que no se han creado por instituciones dotadas de poder legislativo, pero que condicionan la soberanía legislativa de los estados afectados y adquieren relevancia jurídica. Estos mecanismos no son aplicables a través de una resolución vinculante de controversias, pues no son vinculantes legalmente sobre las naciones que los adoptan, pero tales documentos son reconocidos en contener una serie de normas que las naciones deben observar, aunque no estén obligados legalmente a ellos, aunque se espera que estas naciones realicen los esfuerzos necesarios para implementarlos ya que estos se basan en el principio de la buena fe.

Las declaraciones, directrices, recomendaciones o códigos de conducta de organizaciones internacionales como la OMS (Organización Mundial de la Salud), o directivas en conferencias internacionales (como lo son las declaraciones adoptadas por el Estado colombiano en materia de trasplante de órganos) y los acuerdos políticos entre gobiernos, que en conjunto forman un orden jurídico intermedio, tienen como característica común el estar negociados cuidadosamente y son declaraciones preparadas con delicadeza, algunas encaminadas a tener algún valor normativo pese a su no vinculabilidad.

Algunos autores consideran que no es posible hablar de un orden jurídico intermedio, basado en normas de diferente clase o naturaleza, pues el concepto de validez de cualquier norma no está sujeta a graduación. Es este sentido o es derecho o no lo es. Por ende, la idea de un derecho blando no aparece como razonable siendo el “soft law” producto de intereses políticos que buscan otorgar obligatoriedad a ciertos actos y resoluciones para satisfacer sus propios intereses (Barberis J. 2014 págs. 282 al 288).

Otros autores piensan que la graduación del nivel de obligatoriedad responde tanto a conveniencias políticas como a la búsqueda de una mejor solución jurídica de la de tipo “hard law” (Instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por la vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado), pues en ocasiones instrumentos no vinculantes ofrecen mejores soluciones, sea porque reflejan un mayor consenso de la comunidad internacional, por llenar alguna laguna, por establecer criterios de interpretación o por ser la única vía de acuerdo posible.

“En derecho internacional en vez de hablar de fuentes formales en sentido estricto, se habla de la existencia del principio de que el consentimiento amplio de los Estados genera reglas de aplicación general. Una regla de derecho internacional es aquella que ha sido aceptada como tal por la comunidad internacional, siendo la costumbre y los tratados las fuentes principales del ordenamiento jurídico internacional, aunque no necesariamente las únicas formas de creación de derechos y obligaciones internacionales” (TORO I. 2006 pág. 526).

Estos instrumentos de “soft law” se caracterizan por ser adheridos al mismo de manera voluntaria por sus destinatarios. Además, no existe una sanción en caso de

incumplimiento de lo dispuesto en el acuerdo, de manera que no obliga al juez, ni a las autoridades administrativas a tener en cuenta la norma en cuestión, al no ser referentes obligatorios para dictar una sentencia o expedir un acto administrativo.

Pero en algunos casos, este tipo de normas contenidos en instrumentos “soft law” pueden tener un alcance interpretativo en el marco de la aplicación judicial del derecho, ya que pueden ser utilizadas por los jueces para construir y justificar sus sentencias ante la existencia de lagunas o zonas grises por tratarse de normas difusas, sobre todo cuando aquellas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas, con el fin de darles aplicación. Estas reglas y principios se desarrollan por los ordenamientos jurídicos internos para adquirir plena operatividad, a través de aplicación legal o jurisprudencial.

El “soft law” no es fuente de derecho, pero estas normas pueden adquirir el carácter de fuentes del derecho al configurarse como principios generales del derecho, dado su carácter de parámetro interpretativo del mismo, por un lado, y de instrumento que refleja el propósito o voluntad de los sujetos o entidades afectadas, así pues, cumplen con la función que se le atribuye a los principios generales como fuente, que son de complementariedad del ordenamiento jurídico. En el ámbito internacional sirven como criterios de interpretación autorizados frente a dudas en los acuerdos internacionales desarrollados a partir del mismo. (ALDAY, R. E. 2016 págs. 127 a la 146).

Los órganos encargados de resolver los conflictos que se presentan en especial de naturaleza judicial, tienen en cuenta no solo instrumentos del denominado “hard law” sino también instrumentos del “soft law” que se encuentren relacionados con los derechos y obligaciones en conflicto. Pero debe tenerse en cuenta que el derecho internacional es un

sistema normativo que no solo tiene por objeto la resolución de controversias, sino promover y asegurar ciertos valores que se consideran fundamentales para la convivencia de la comunidad internacional.

Estos instrumentos de derecho blando resultan especialmente relevantes cuando el principio de buena fe encabeza las relaciones interestatales, así como en el desarrollo, interpretación y clarificación del derecho internacional o del derecho estatal por los operadores jurídicos. Si bien tenemos que estos instrumentos no imponen obligaciones internacionales, esto no significa que carezcan de efectos jurídicos, toda vez que pueden reflejar el estado de desarrollo de normas consuetudinarias o serán la base de futuros tratados, e incluso por su naturaleza de generar expectativas legítimas de comportamiento, que en virtud de esa buena fe se pueda exigir su cumplimiento.

Frente a este punto, es de anotar que el Estado colombiano protege esas expectativas legítimas en virtud del principio constitucional de la “confianza legítima”, en especial en temas relacionados con vulneración de derechos fundamentales, especialmente en materia de seguridad social en salud, donde la Corte Constitucional reconoció que esa confianza tiene un valor social, que impone a la administración pública el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud y por ende dicha obligación hace surgir en los particulares la confianza de que dicha competencia será cumplida y garantizada por la administración. Por ende, el incumplimiento de dichos deberes implica el desconocimiento de la buena fe y una grave afectación a la confianza de los asociados (Corte Constitucional, T - 980 de 2003), que no tiene justificación y puede derivar en inseguridad jurídica.

“En relación con el particular, el principio de confianza legítima, establece que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el

cual pueda confiar, por lo que debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas”. (Viana M.J, 2007. Pág.169).

Frente al tema objeto de estudio, es claro que los nacionales y extranjeros residentes depositan su confianza en que la administración en materia de salud, especialmente frente al trasplante de órganos, a través del ejercicio de sus diferentes poderes públicos, cumplirá con la aplicación del ordenamiento jurídico (normas internas y externas) y garantizará sus derechos fundamentales a la dignidad, salud y vida.

Las ventajas del “soft law” entre otras, es que ante la creciente adopción de instrumentos de este tipo en conferencias internacionales donde se permite la participación de actores no estatales, como organizaciones no gubernamentales (caso de las declaraciones expuestas) da legitimidad a las normas derivadas de dichos procesos. En estos casos a la falta de obligatoriedad se contrapone la de legitimidad, pues el amplio conceso generado, donde los Estados no están formalmente vinculados por tales disposiciones, cumplen tales expectativas de comportamiento en busca de reconocimiento, credibilidad y confianza de los actores internacionales.

Así mismo estos instrumentos producen efectos en el ámbito interno pues sirven de inspiración al legislativo para la adopción de legislación interna o a los jueces como pautas interpretativas de tratados internacionales, para determinar la existencia de una costumbre o un principio general de derecho internacional. En este sentido el “soft law” se vuelve “hard law”, no solo en el ámbito internacional a través de la celebración de tratados posteriores o de la configuración de una práctica consuetudinaria, sino desde el ámbito interno con la adopción de medidas legislativas o judiciales que incorporen los estándares de derecho

blando a la normatividad interna reconociéndole carácter obligatorio. (TORO I. 2006 pág. 542).

En Colombia, las altas cortes han acudido a aplicación de normas de “soft law”, como fundamento de su argumentación en algunas decisiones tomadas por estos altos tribunales, en aras de garantizar la protección de los derechos humanos de los actores. Es así como la Corte Constitucional en sentencias T-740 de 2011 sobre el principio de solidaridad y el derecho fundamental al agua de sujetos de especial protección; la T – 099 de 2015 que se refiere al derecho a la diversidad sexual y garantías de acceso al servicio militar obligatorio a las mujeres y a los hombres transexuales; y la T – 696 de 2013 frente al debido proceso administrativo de víctimas de desastres naturales, ha considerado, que aun cuando en el escenario internacional hay una serie de instrumentos relativos a ciertas materias que carecen de vinculatoriedad en términos jurídicos, estos mecanismos implican cierto nivel de compromiso, en tanto se les reconoce la calidad de derecho blando, por lo tanto el Estado no se puede desligar de dichos compromisos frente a la comunidad internacional.

Así mismo la Corte Suprema de justicia, aplicó normas de “soft law” en materia de protección a personas de la tercera edad (Corte Suprema de Justicia, STC 7210 de 2017). Y el Consejo de Estado hizo lo propio en materia de reparación integral del daño, cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones a los derechos humanos, ya que en estos eventos la obligación de reparar integralmente el daño, surge de diferentes tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia, que prevalecen en el orden interno. Así mismo surge de otros instrumentos de derecho internacional, que aunque no tienen carácter estrictamente vinculante, razón por la cual se le denomina derecho blando,

gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito nacional e internacional en tanto exhiben “una clara e inequívoca vocación axiológica normativa general y sirven como criterios auxiliares de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos”.(Consejo de Estado, No. 15001-23-31-000-1995-05276-01(19886) de 2013).

Se observa que la mayoría de normas de carácter internacional que tratan el turismo de trasplantes y en consecuencia la prohibición de trasplantes en extranjeros proviene de normas de “soft law”, toda vez que estas declaraciones son consecuencia de reuniones que han sido convocadas por la sociedad de trasplantes y la sociedad internacional de nefrología, así como por la Red / Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante, en las cuales ha participado el Estado colombiano, ha suscrito y donde se ha comprometido a adoptar las medidas necesarias para lograr avances en el cumplimiento de lo contenido en las mismas.

Dichas normas de “soft law” debieron ser tenidos en cuenta en las sentencias de tutela mencionadas en capítulo anterior y deben ser tenidas en cuenta tanto por la rama judicial (jueces de tutela) como la rama ejecutiva (INS), a la hora de analizar y aplicar lo estipulado en los artículos 40 y 10 del decreto 2493 de 2004 (declarado exequible por el Consejo de Estado en el año 2010) y de la ley 1805 de 2016 respectivamente. Esto debido a que previo a las declaraciones mencionadas, ya el Estado colombiano había impuesto dentro de su ordenamiento jurídico interno, las condiciones que debían cumplirse para que un extranjero pudiera ser beneficiado con un trasplante de órganos en el país, como que no existieran nacionales ni extranjeros residentes en listas de espera o que, existiendo, no pudiese trasladarse el órgano o el paciente de una región a otra.

Ya que estas condiciones no se cumplían, ni se cumplen en la actualidad, los extranjeros empezaron a través de sus apoderados a exigir la protección de sus derechos fundamentales por vía judicial, obteniendo dicha autorización porque los jueces desconocían e inaplicaban la norma por considerarla inconstitucional, pero en el año 2010 quedó claro que el artículo 40 era constitucional y por ende los jueces y las autoridades administrativas, no se podían seguir valiendo de la figura de la “excepción de inconstitucionalidad” o de razones humanitarias, para concederle derechos a los extranjeros que no tenían. Es de anotar que como se estableció en capítulo anterior incluso después del fallo de constitucionalidad, los jueces de tutela continuaron autorizando no solo la inscripción en las listas de espera de estas personas, sino también la práctica del procedimiento de trasplante con prelación sobre los nacionales, cuya ejecución corresponde al Instituto Nacional de Salud como autoridad administrativa encargada.

Es en este punto, donde se evidencia una vía de hecho judicial por defecto sustantivo, por varios motivos. Primero por el desconocimiento y la omisión por parte de autoridades judiciales de una norma jurídica constitucional aplicable y pertinente al caso concreto (artículo 40 Decreto 2493 de 2004) que, de haberse aplicado, el sentido de la decisión debió haberse fundamentado de manera diferente. Segundo, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado no accedió a la solicitud de declaratoria de nulidad de dicho artículo, las decisiones judiciales no pueden desconocer los parámetros fijados por el juez constitucional para establecer el sentido de una norma que ha hecho tránsito a cosa juzgada y que además su desconocimiento puede lesionar derechos fundamentales, como en el caso concreto de terceros.

Y tercero, estando de acuerdo con que el caso de trasplante de órganos en extranjeros es un tema sensible y que pone de presente el estudio y análisis de sus derechos humanos y fundamentales, por tratarse de personas y máxime cuando un estado social de derecho, se caracteriza por su deber de procurar y garantizar a toda persona el valor más importante en una sociedad, que es “la vida”, Debe tenerse en cuenta que al mismo tiempo se generan tensiones entre derechos fundamentales de nacionales y extranjeros porque a los nacionales y extranjeros residentes, también se les tiene que garantizar ese valor supremo.

Esta tensión de derechos fundamentales generó y sigue generando zonas grises, donde la interpretación del ordenamiento jurídico en conjunto se hace necesario para tomar la decisión más acertada jurídicamente, ya que los jueces no pueden hacer decir a las normas lo que no dicen y estas deben ser interpretadas y aplicadas del modo que mejor convengan a los mandatos constitucionales. Es aquí donde los jueces de tutela y las autoridades administrativas debieron en las decisiones judiciales y administrativas que sirven de fundamento a este trabajo, haber analizado las normas de “soft law” contenidas en las diferentes declaraciones (Estambul, Mar de Plata, Bogotá y Madrid), puesto como ya se ha explicado, no son carentes de efectos jurídicos y debieron ser tenidas en cuenta como parámetros de interpretación, para garantizar la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, salud y vida de sus nacionales y extranjeros, que de acuerdo con los postulados constitucionales debe priorizar.

9. Conclusiones

El artículo 10 de la Ley 1805 de 2016, consagró expresamente la prohibición de que un extranjero no residente pueda ser receptor de un trasplante de órganos y tejidos en Colombia. En el mismo artículo estableció algunas excepciones, las cuales nos remiten al artículo 40 del decreto 2493 de 2004, que no fue derogado por la nueva norma, ya que la misma ley 1805 de 2016 derogó solo aquellas normas anteriores que le fuesen contrarias. Además, al no haber sido el art. 10 objeto de reglamentación alguna hasta el momento, deberá aplicarse conforme a la interpretación jurisprudencial emanada de la Corte Constitucional (que hasta la fecha no puede considerarse precedente jurisprudencial) en sede de tutela y del Consejo de Estado al estudiar la constitucionalidad del art. 40 citado.

Frente a la posibilidad de que un extranjero no residente en Colombia pueda ser receptor de órganos en nuestro país sin estar enmarcado en las excepciones permitidas por la ley, han existido dos momentos de interpretación jurídica que han tenido como punto medio la declaratoria de constitucionalidad del art. 40 del decreto 2493 de 2004 en el año 2010.

En un primer momento se consideró por parte de la Corte Constitucional, que toda persona sin importar si es nacional o extranjera, tenía la posibilidad de solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales amenazados o vulnerados, mediante el uso de la acción de tutela, legitimando a todo titular de un derecho fundamental amenazado o lesionado, para solicitar su restablecimiento o su preservación ante los jueces de la República. Lo anterior debido a que, el artículo 100 de la constitución en armonía con el

artículo 13 de la misma carta, otorga a los extranjeros los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales y no podrán ser discriminados por razón de su nacionalidad.

Por ende, una persona de una nacionalidad distinta de la colombiana o el hecho de que aquella tenga la calidad de residente o de simple transeúnte, no era óbice para que en caso de necesidad y estando en el territorio nacional, pudiera llegar a convertirse en receptora de un órgano o tejido para trasplante, ya que la nacionalidad no podía ser invocada como fundamento para negar un tratamiento médico.

Así mismo, se consideraba que el juez de tutela podía ordenar la inaplicación de la disposición objeto de reproche (art 40 del decreto 2493 de 2004, que limita la posibilidad de un extranjero como receptor de un órgano, a que no hayan nacionales en las listas de espera, o a que se haga imposible el traslado del paciente o el órgano), en el evento en que el extranjero receptor estuviese en inminente peligro de muerte y siempre y cuando no se vulneraran el derecho de otra persona que se encontrase en condiciones similares y que estuviese esperando en la lista con antelación.

Con posterioridad a la declaratoria de constitucionalidad del art. 40 por parte del Consejo de Estado, este recogió en su parte motiva los planteamientos que hasta el momento había esgrimido la Corte Constitucional, pues dejó claro que los extranjeros no residentes, gozan del derecho al trato igualitario y asegura la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales. Razón por la cual, se permitió a los extranjeros no residentes, hacer parte de las listas de espera para trasplantes y acceder al mismo al llegar su turno, siempre y cuando se encontraran en el territorio nacional y atendieran estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que le

impone la ley a los nacionales para acceder al trasplante, como el estar inscritos en el sistema de seguridad social en salud.

Se puede concluir que las Cortes en mención analizaron los derechos fundamentales de los extranjeros no residentes, desde las teorías deontológicas, donde solo tuvieron en cuenta la satisfacción de sus preferencias individuales, como fuese posible para no desconocer la garantía y protección a toda persona de sus derechos humanos dentro del territorio colombiano.

Pero no tuvieron en cuenta que los derechos humanos no son absolutos, y que a veces las pretensiones de un individuo basadas en sus derechos fundamentales deben ceder ante los derechos fundamentales de otros, o ante el interés general. Al mismo tiempo, las interpretaciones que se hagan de los mismos deben enmarcarse en un contexto socioeconómico específico, haciendo referencia a otros valores y objetivos sociales como el bienestar y la reciprocidad.

Es decir, el análisis de los derechos fundamentales debe realizarse no solo desde una visión deontológica, sino también consecuencialista, toda vez que se hace necesario analizar las consecuencias positivas o negativas que pueden recaer sobre el contexto social, como lo son, los efectos que pueden ocasionarse a terceros, derivados de una decisión judicial o administrativa.

Es así como las Cortes debieron analizar el trasplante de órganos en extranjeros desde una visión integrada de ambas teorías, ya que como se observó, los derechos de los nacionales y extranjeros residentes, frente a los derechos de los extranjeros no residentes pueden colisionar entre sí, lo que hace necesario que se realicen transacciones sobre ellos. Existe una dificultad clara de ponderar los diferentes derechos fundamentales en disputa

como son, la vida, la salud, la dignidad humana e igualdad, porque al reconocerle dichos derechos a un extranjero, necesariamente se le desconocen los mismos derechos a un nacional o extranjero residente.

En consecuencia, para la interpretación y ponderación de dichos derechos frente al trasplante de órganos en extranjeros, debió mencionarse con un análisis claro y más profundo que esta realidad, se ha convertido en un tema de salud pública transnacional, de amplia preocupación por los Estados (incluido el colombiano), como consecuencia de ciertas políticas, y prácticas de algunas conductas ilegales y antiéticas que atentan contra los derechos humanos, especialmente de sus nacionales. Por esta razón se, empezaron a constituir normas y principios de “soft law”, para regular el “tráfico de órganos” y el “turismo de trasplantes”, las cuáles el Estado colombiano se comprometió a cumplir y que además incluyó en su ordenamiento jurídico, convirtiendo dichas reglas en obligatorias tanto para sus autoridades judiciales como administrativas.

Por ende, al desconocerse esta normatividad por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, al interpretar el alcance y aplicación del art. 40 del decreto 2493 de 2004, se incurre en una actuación irregular que se configura con el error judicial por defecto sustantivo, pues debieron haber atendido los principios y normas de “soft law” frente al “Turismo de Trasplantes” no solo como parámetros de interpretación si no como de reglas de obligatorio cumplimiento.

Así mismo al realizarse la ejecución material de las sentencias de tutela a través de la autoridad administrativa (INS) en cumplimiento de orden judicial, se expiden actos administrativos irregulares, cuyo objeto es la autorización de la inscripción de los extranjeros en las listas de espera y por ende la recepción de un órgano para ser

trasplantado, incluso obteniendo prelación por razones humanitarias. En este punto se configura el primer elemento del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado en el régimen de imputación de falla en el servicio, ante una actuación irregular de sus autoridades judiciales y administrativas.

El segundo elemento lo constituye el daño antijurídico, que sufrieron y aun sufren los nacionales y extranjeros residentes, como terceros afectados con las decisiones administrativas como judiciales que autorizan el trasplante de órganos a extranjeros. Los jueces en su análisis e interpretación de las tutelas debieron analizar las consecuencias que traería para los primeros dichas decisiones, ya que, al reconocer derechos fundamentales a los segundos, al mismo tiempo se estaban vulnerando esos mismos derechos fundamentales en los nacionales y extranjeros residentes, y esa sola vulneración constituye un daño en sí mismo, que puede conllevar a la declaratoria de responsabilidad administrativa.

Lo anterior, porque se impone una carga adicional a los nacionales y extranjeros residentes, que rompe el equilibrio entre las cargas públicas que estos deben soportar, frente a los extranjeros, y que según el ordenamiento jurídico no está en obligación de resistir. Lo anterior torna el daño sufrido (la pérdida de oportunidad de recuperar la salud, la dignidad y la vida) en antijurídico y que en términos del artículo 90 de la constitución, el Estado estaría llamado a reparar.

Y como tercer y último elemento de la responsabilidad, la causa adecuada del daño, que se traduce en el desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente y de obligatorio cumplimiento en materia de trasplantes de órganos y tejidos, así como la indebida interpretación de dicho marco jurídico en su aplicación frente a extranjeros, por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

Teniendo claro que la administración es responsable de los efectos jurídicos que cause la autorización de trasplante de extranjeros, frente a los terceros afectados con las decisiones de la administración, estos últimos podrán solicitar la reparación de los perjuicios ocasionados, como la pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo, a través del medio de control de Reparación Directa y de Nulidad y Restablecimiento del derecho.

Cuando el trasplante sea autorizado por vía judicial (tutela) y que el acto administrativo expedido por el INS se haga en cumplimiento de dicha orden, por tratarse de un acto administrativo de ejecución que no será susceptible de control en la vía judicial por disposición legal, el medio de control indicado para solicitar la reparación de perjuicios será la Reparación Directa.

Por el contrario, cuando la decisión de autorizar la inscripción en las listas de espera y de acceso al trasplante provenga directamente del Instituto Nacional de Salud, al tratarse de un acto administrativo definitivo, el mecanismo procesal para que la administración responda por proferir un acto administrativo ilegal, será la Nulidad y restablecimiento del derecho. Mecanismo que protege un derecho subjetivo, el cual ha resultado afectado por una decisión de la administración que no respetó el ordenamiento jurídico, para que se pronuncie sobre la legalidad del acto administrativo por ilegalidad sustancial y falsa motivación, antes de declarar la responsabilidad del Estado. Esa ilegalidad y falsa motivación se fundamentan en el desconocimiento de los supuestos jurídicos, porque las normas en qué se fundamentó la manifestación de voluntad de la administración, se desconocieron o se hizo una interpretación errónea de las mismas.

Referencias Bibliograficas

Alday R.E. “El concepto de soft law”. 2016.

Barberis J. “Formación del derecho internacional”. 2014.

Barreto M. y Sarmiento L. “Constitución Política de Colombia Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas”. Título II. 1997.

Becerra-Saavedra, R. (2011). La responsabilidad extracontractual de la administración pública.

Blanco-Esteve, A. (1981). La responsabilidad de la administración por los daños causados por actos administrativos: Doctrina jurisprudencial.

Chaves, J.E. (2011). Fundamentos de la vía de hecho judicial por error interpretativo en la jurisprudencia constitucional de tutela en Colombia.

Cifuentes M. “Constitución Política de Colombia Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas”. Título III. 1998.

Concejo de Estado, sección tercera. No. 11001-03-24-000-2006-00121-01 -2010. M.P Rafael e. Ostau de Lafont Pianeta.

Concejo de Estado, sección tercera. No. 15001-23-31-000-1995-05276-01(19886) de 2013. M.P. Danilo Rojas Betancourt.

Consejo de Estado, sección tercera. N° 05001-23-31-000-1998-02662-01(37123) – 2015. M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz (e).

Consejo de Estado, sección cuarta. N° 11001-03-15-000-2014-03055-00(AC) - 2015. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado, sección tercera. N° 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297) - 2014.

M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado, sección tercera. No. 19001-23-31-000-1998-01005-01(21726) de 2012.

M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, sección tercera. No. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421) - 2007.

M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, sección tercera. No. 76001-23-31-000-1998-01093-01(31297) – 2014.

M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

Convención Americana sobre derechos humanos, ratificada por Colombia en 1973.

Corte Constitucional, C 933.- 8 de noviembre de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, C-037 –5 de febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, C-543 –13 de julio de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Su-640 –5 de noviembre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, T - 099 del 10 de marzo de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, T – 1088 del 12 de diciembre de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, T - 111 del 16 de febrero de 2010. M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

Corte Constitucional, T - 269 del 9 de diciembre de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería

Corte Constitucional, T – 380 del 28 de julio de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, T - 568 del 19 de julio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, T - 675 del 24 de agosto de 2012. M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

Corte Constitucional, T - 696 del 9 de octubre de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

Corte Constitucional, T - 728 del 16 de diciembre de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional, T - 740 del 3 de octubre de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, T-1031 del 27 de septiembre de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, T-118 del 16 de marzo de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, T-949 del 16 de octubre de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Suprema de Justicia, No. STC 7210 de 2017. M.P L.A. Rico Puerta.

de órganos. Derecho a la salud y a la vida.

Declaración de Bogotá, 2009.

Declaración de Estambul, 2008.

Declaración de Madrid, 2010.

Declaración de Mar del Plata, 2005.

Decreto 2493 de 2004

Gil Botero, E. (2014). La constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado.

Gil E. (2012). “La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud.”.

Guerra, Y. y Márquez, A. (2012). Responsabilidad del Estado por trasplante de órganos en Colombia.

Guzmán Paniagua, H. (marzo, 2011). Hernando Guzmán Paniagua -periodista-
elpulso@elhospital.org.co

Guzmán Paniagua, Hernando. Trasplantes de colombianos y extranjeros: cuestión de humanidad. Periodista - elpulso@elhospital.org.co

Henao J.C. “El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés.” 1998.

Instituto Nacional de Salud, Circular 0068 de 2012.

Instituto Nacional de Salud, Circular externa 041 de 2013.

Instituto Nacional de Salud, Informe Red de Donación y trasplantes. 2011- 2012 – 2013 - 2014 - 2015 <http://www.ins.gov.co>.

Instituto Nacional de Salud, Resolución 214 de 2005.

Ley 100 de 1993. Por la cuál se crea el sistema de seguridad social integral. 23 de diciembre de 1993.

Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud. 16 de febrero de 2015.

Ley 1805 de 2016. Por medio de la cual se modifica la ley 73 de 1998 y la ley 919 de 2004 en materia de donación y trasplante de órganos. 4 de agosto de 2016.

Malagón-Pinzón, M. (2010). El control de la administración pública en Colombia durante el siglo XIX y comienzos del XX. Estudios Socio-Jurídicos, 9(1), 154-165.

Martínez Puentes, S. V. (2014). Trasplante de componentes anatómicos para extranjeros no residentes: derechos de nacionales y extranjeros residentes afectados.

Medina-Alcoz, L. (2005). La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema.

- Molina Betancur, C.M. (2004). La responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial en Colombia. *Opinión jurídica*, vol. 3 No. 6, 13-36.
- Noriega Valencia, H.J. (2012). Acciones de tutela donde se autoriza el trasplante Organización Mundial de la Salud, Resolución 57.18 de 2004.
- Perilla Santamaría, S. (2009, 22 de octubre). “Con tutela, extranjeros logran beneficiarse de trasplantes de órganos en Colombia” *El Tiempo.com – Sección Salud*.
- Programa periodístico septimo día, domingo 27 de enero de 2012.
- Protocolo San Salvador, ratificado por Colombia en 1997.
- Ramos-Huertas, R. (2012). Responsabilidad del legislador en Colombia. Por derogación de normas tributarias.
- Ruiz-Orjuela, W (2010). Responsabilidad del estado y sus regímenes.
- Sanabria, C., (2000). Equidad en Salud. Publicado en el Diario “Síntesis”, el jueves 20 de enero de 2000.
- Toro I.M. “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VI. 2006.
- Uprimny, R. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.
- Vélez, J., Restrepo, A. M., & Cortés, J. D. (2010). Análisis e interpretación normativa, doctrinaria y jurisprudencial de los trasplantes a pacientes extranjeros.